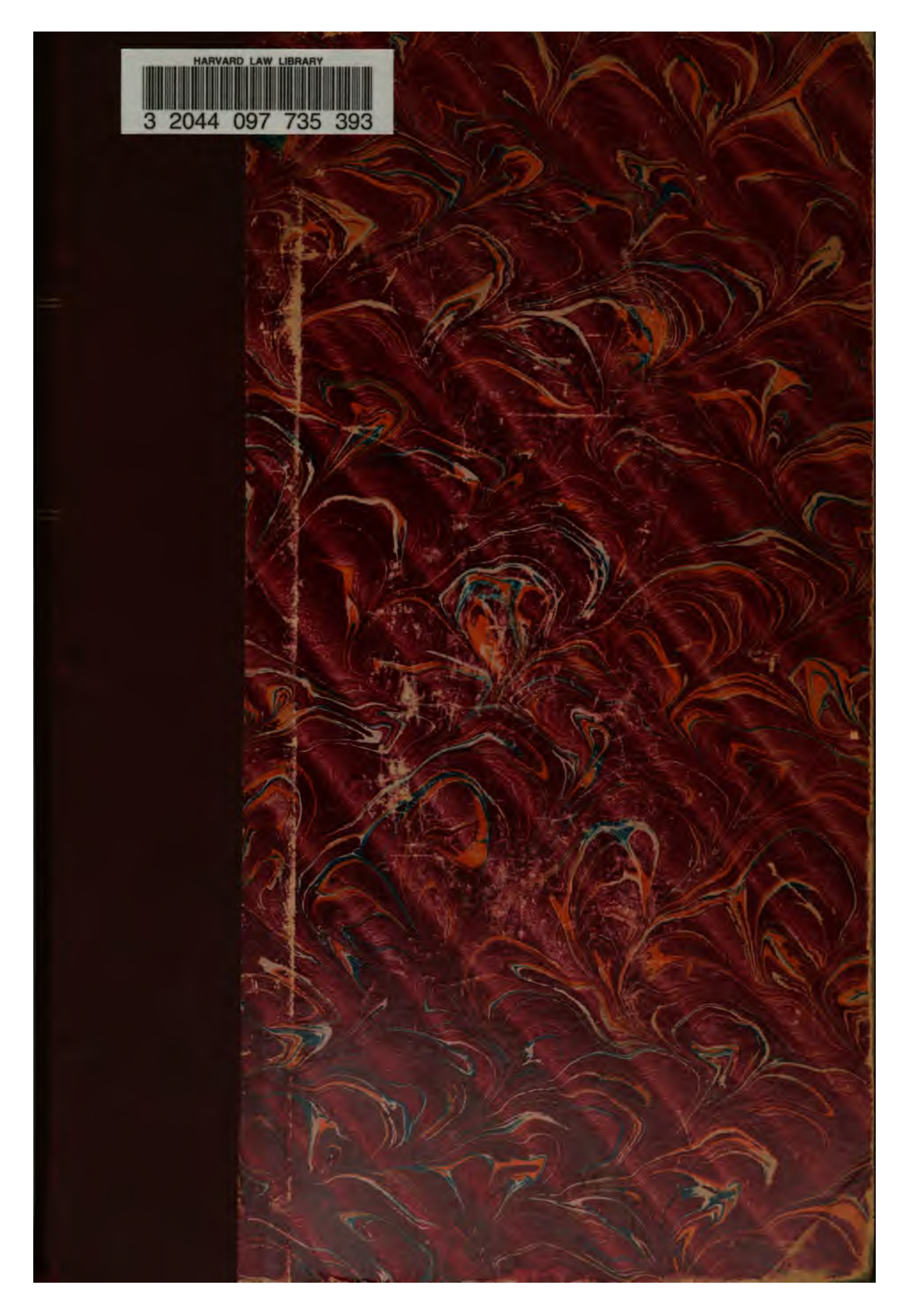



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



France

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE VADIMONIUM

THESE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mercredi 10 juin 1908, à 1 heure

PAR

André FLINIAUX

DOCTEUR EN DROIT

ÉLÈVE A L'ÉCOLE PRATIQUE DES HAUTES-ÉTUDES

Président : M. P. F. GIRARD.

Suffragants : MM. ESMEIN, *professeur*,
~~MEYNIAL, *agrégé*.~~
[illegible]

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1908

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE VADIMONIUM

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
Sera soutenu le mercredi 10 juin 1908, à 1 heure

PAR

André FLINIAUX
DOCTEUR EN DROIT
ÉLÈVE A L'ÉCOLE PRATIQUE DES HAUTES-ÉTUDES

Président : M. P. F. GIRARD.
Suffragants : MM. ESMEIN, *professeur*.
MEYNIAL, *agrégé*.

PARIS
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13
1908

PRÉFACE

« Une monographie sur le *vadimonium* serait très désirable ». Tel est le vœu qu'émettait notre maître, M. le professeur P. F. Girard, dans le premier volume de son *Organisation judiciaire des Romains* (1). Nous avons tenté de combler cette lacune, en faisant un dépouillement consciencieux de tous les textes que depuis longtemps déjà on attribuait avec raison au *vadimonium*, et en mettant à contribution les travaux de M. Lenel sur l'Edit, pour écarter ceux que l'on n'y rapportait que par erreur. Nous pensons, d'autre part, avoir consulté toute la littérature, aussi bien française qu'étrangère, relative à notre sujet. A vrai dire, aucun travail d'ensemble satisfaisant n'avait été fait jusqu'ici (2). Il nous a fallu chercher un peu partout les renseignements, parfois bien laconiques, que les auteurs nous donnent sur le *vadimonium*. Mais nous avons voulu faire autre chose qu'un simple répertoire de bibliographie, et, tout en

(1) *Organis. jud.*, I, 1901, p. 73, n. 1.

(2) Contentons-nous, parmi les ouvrages récents, de citer la monographie de M. Voigt, *Ueber das Vadimonium* (Abhandlungen der philologisch. historischen Classe der K. Sächs-Gesellschaft der Wissenschaften), Leipzig, 1881, et la thèse de M. Jacquemier, *Le « Vadimonium », essai sur la garantie de comparution judiciaire en droit romain,* Paris, 1900.

tenant compte des travaux de nos devanciers, nous avons eu l'ambition de faire une œuvre personnelle. Nous espérons que l'on nous saura gré de notre effort : si nous avons pu présenter un tableau assez exact de cette institution si curieuse de la procédure romaine, nous voudrions qu'on n'oublie point la part qui revient à notre maître, M. le professeur P. F. Girard, auquel nous sommes particulièrement reconnaissant des encouragements et des conseils autorisés qu'il a bien voulu nous donner au cours de notre travail, ainsi que du grand profit que nous avons retiré du cours de Pandectes sur les récupérateurs, qu'il professa à la Faculté de droit de Paris pendant l'année scolaire 1905-1906.

Paris, mai 1908.

PREMIÈRE PARTIE

LE VADIMONIUM AU TEMPS DES ACTIONS DE LA LOI

CHAPITRE PREMIER

LES VADES ET LES SUBVADES.

Les *vades* (1) sont, dans l'acception que nous croyons la plus exacte, des cautions de procédure garantissant la recomparution d'un défendeur devant le magistrat, quand les débats *in jure* ne pouvaient être terminés le jour même. Un passage d'Aulu-Gelle les range parmi les antiquités des XII tables, qui disparurent avec la loi

(1) Si nous laissons de côté les étymologies fantaisistes proposées par Porphyrius : *comm. in Horat. serm.*, 1,1,11 (éd. A. Holder, p. 224, 15) : *Vades autem sponsores dici notum est, quod qui eos dederit, vadere ei id est discedere liceat*, et par le Pseudo Acro, sous le même passage d'Horace (éd. Keller, II, p. 3) : *Vades ideo dicti, quod qui eos dederit, vadendi, id est, discedendi habet potestatem* (Comp. Salmasius, *de modo usurarum*, Lugduni Batav., 1639, p. 692, qui fait dériver *vas* de *vadendo*, parce que le *vas* est celui qui *citatus in judicium ire debet*), pour nous en tenir exclusivement aux résultats qui nous sont fournis par la philologie moderne, nous devons reconnaître dans le

Æbutia (1), mais il paraît certain que leur existence remonte à une époque encore plus reculée de l'histoire de Rome (2). La date de leur apparition nous semble pou-

mot *vas* la racine indo-européenne *vadh* qui éveille l'idée de gage et qui en même temps que *vas* en latin aurait donné *wadi* en gothique (à en rapprocher les mots *wadium* et *wadia* des formules lombardes et franques), en ancien haut allemand *wetti*, en vieux norvégien *ved* (comp. von Amira, *Nordgerm. Obligationenrecht*, 1882, 1,193, n. 1). Outre l'ouvrage un peu vieilli, mais toujours excellent, de Vanicek, *Griechisch-lateinisches etymologisches Wörterbuch*, 1877, p. 878, consulter parmi les ouvrages récents : Fick, *Vergleichendes Wörterbuch der indogerm. Sprachen*[4], 1890, p. 541 ; Lindsay, *The latin linguage*, 1894, p. 180,187 ; Schrader, *Reallexicon der indogerm. Altertumskunde*, 1901, p. 120, V° *Bürge*, *Bürgschaft* ; Bezzenberger et Prellivitz, *Beiträge zur Kunde der indogerm. Sprachen*, 28 (1904), p. 105 ; Meringer, dans les *Indogerm. Forschungen* de Brugmann et Streitberg, 16 (1904), p. 177 ; Walde, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, 1906, p. 650. Quant à la terminologie latine elle-même, elle comprend, à côté du substantif *vas*, le verbe *vadari*, dont la particularité remarquée par Priscianus, 8,20, d'être employé aussi bien dans le sens actif (= exiger de quelqu'un qu'il fournisse un *vas*) que dans le sens passif (= être contraint de fournir un *vas*), nous est déjà révélée dans Plaute : *Aulul.*, 2, 4, 41 : *plorans, ejulans ut sibi liceret miluum vadarier* (sens actif) ; *Bach.*, 2, 2, 2, *ita me vadatum amore vinctumque adtines* (sens passif). Le fait pour un défendeur d'engager en ne comparaissant pas au jour fixé la responsabilité des *vades* qu'il a fournis est traduit dans les textes se référant à la période des actions de la loi par l'expression *vades deserere* (Tite Live, 39, 41, 7). Quant au mot *vadimonium*, il exprime, dans son sens primitif et le plus technique, l'action de fournir des *vades* (Plaute, *Epidicus*, 5, 2, 21 : *Vadimonium ultro mihi hic facit*), mais on le rencontre déjà dans les textes anciens avec un sens figuré : Plaute, *Curculio*, 1, 3, 5 : *ubi tu es, qui me convadatus Veneriis vadimoniis ?*

(1) Aulu Gelle, *Noct. att.*, 16, 10, 8 : *Sed enim cum proletarii, et assidui, et sanates, et vades et subvades, et viginti quinque asses, taliones, furtorumque quaestiones cum lance et licio evanuerint, omnisque illa duodecim tabularum antiquitas nisi in legis actionibus centumviralium causarum lege Aebutia lata consopita sit...*

(2) S'il faut ajouter foi au témoignage de Tite Live, 3, 13, les *vades*

voir être déterminée d'une manière approximative, par cette considération, que le besoin de les créer n'a pu se faire sentir qu'à une époque où la procédure sans procès des temps primitifs avait fait place à une procédure judiciaire nécessitant le concours du magistrat (1), et même à une époque plus récente, quand la complication des formes procédurales contemporaine de la sécularisation du *sacramentum* donna une plus longue durée aux débats

existaient déjà avant l'an 293 de Rome (641 av. J.-C.) puisque Tite Live nous apprend que l'usage d'en fournir dans les procès criminels date de cette époque, laissant bien entendre que l'on en fournissait déjà dans les procès civils : *tot vadibus accusator vadatus est reum.. Hic primus vades publicos dedit.*

(1) Nous ignorons le moment précis où cette transformation eut lieu : nous savons seulement qu'elle est antérieure à l'établissement de la République qu'il faut placer en l'année 244 ou 245 (510 ou 509 av. J.-C.), année où fut consacré le temple du Capitole et où commence la liste des consuls (Niese, *Grundriss der röm. Gesch.* [3], 1906, p. 35). C'est seulement à la suite de ce changement que l'institution des *vades* put apparaître et jouer un rôle, dans la *pignoris capio*, quand elle put fonder un procès entre deux particuliers sur le bien fondé de la saisie ; dans la *legis actio sacramenti* qui fut toujours à notre avis une procédure judiciaire, et dans la *manus injectio* quand le procès se trouvait lié par l'intervention d'un *vindex*. Le procès se continuait alors entre le *vindex* et le *manum injiciens*, mais suivant quelle procédure ? M. Maria (*le Vindex*, thèse Paris, 1895, p. 155 s.) soutient que le *vindex* dont l'intervention avait libéré le débiteur prenait sa place dans la procédure de la *manus injectio* dont le cadre se trouvait alors en quelque sorte élargi par suite de la nécessité où l'on était de faire trancher la question de savoir si le *vindex* était intervenu légitimement. Nous pensons au contraire avec M. Girard (*Organis.,* I, p. 43, n. 1) que le procès entre le *manum injiciens* et le *vindex* s'est d'abord déroulé dans la forme de la *legis actio sacramenti*, solution qui s'impose avec l'idée d'après laquelle le *vindex* plaidait sur le point de savoir s'il avait ou non commis un délit en arrêtant la *manus injectio*.

in jure (1). A cet égard ils nous paraissent moins anciens que le *vindex* et les *praedes* (2).

Ils semblent bien avoir suivi la même évolution que les cautions primitives : ils commencèrent par être des otages, que le demandeur gardait chez lui jusqu'à ce que vînt les libérer la recomparution volontaire du défendeur (3), mais ils ne tardèrent pas à devenir de simples

(1) Pour M. Girard (*Manuel*[4], p. 984),la sécularisation du *sacramentum* serait contemporaine de la séparation des pouvoirs civils et religieux qui suivit l'établissement de la République. Une grande extension fut donnée à l'institution des *vades* par la loi Pinaria qui partagea en deux parties séparées entre elles par un délai de trente jours la procédure de la *legis actio sacramenti*. Il est impossible en l'état actuel des sources de lui assigner une date certaine. Toutes les dates qui ont été proposées sont plus ou moins arbitraires. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'elle n'a pu être rendue avant la sécularisation du *sacramentum* qu'elle doit avoir suivi de plus ou moins près. Cf. Girard., *Organis.*, I, p. 55, n. 1 ; p. 84, n. 1 ; *Manuel*[4], p. 985, n. 2. — Signalons pour être complet la conjecture de Sell, *die recuperatio der Römer*, 1837, p. 237, d'après laquelle l'institution des *vades* aurait été à l'origine une institution du droit international. Les *vades* auraient tout d'abord été imaginés pour empêcher l'étranger actionné par un Romain de retourner dans son pays avant que les débats fussent terminés (arg. tiré de l'étymologie de *vas* indiquée par Porphyrius et le pseudo Acro, V. p. 1, n. 1). Leur usage serait ensuite passé dans les procès entre citoyens. Ce système n'a qu'une valeur conjecturale puisqu'il ne repose que sur une étymologie fantaisiste. Point n'est besoin de nous y arrêter plus longtemps.

(2) Les auteurs ne sont pas d'accord sur la question de priorité. Pour M. Viard (*le praes*, thèse Dijon, 1907, p. 45), le *praes* aurait été l'unique caution connue à Rome, lors de la fondation de la ville, en droit public comme en droit privé. M. Lenel, Z. S. *St.*, 1902, p. 96, voit au contraire dans le *vas* l'origine de tous les contrats à Rome, tandis que M. Schulin, *Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts*, 1889, p. 346, considère l'obligation du *vindex* comme le plus ancien mode de cautionnement.

(3) Le mot *Vas* a conservé dans les sources littéraires son ancien

répondants, qui restèrent libres jusqu'à ce que prît naissance leur responsabilité, ce qui se produisait quand le fait pour la réalisation duquel ils s'étaient engagés n'avait pas eu lieu, c'est-à-dire quand le défendeur avait fait défaut au jour fixé pour sa recomparution.

Mais de leur fonction primitive d'otage ils gardèrent certain caractère qui les distingue nettement de la caution moderne : tandis que cette dernière s'engage à côté du débiteur principal d'une manière subsidiaire et accessoire, les *vades* s'engageaient au lieu et place du défendeur (1), qu'ils ne libéraient même pas puisqu'aucune obligation exigible n'avait pris naissance sur sa tête (2). Les

sens d'otage : Voir par exemple les passages de Cicéron se rapportant à la légende de Damon et Pynthias : *Tusculanes*, 5, 22, 63 ; *de off.*, 3, 10, 45 ; *de finibus*, 2, 24, 79. L'idée d'après laquelle les cautions primitives auraient été des otages, développée par de Ihering, *Geist des röm. Rechts*[4], 1888, t. 3, introd., p. 12 s., a été récemment reprise par Mitteis, *Ueber die Herkunft der Stipulation. Eine Hypothèse*, p. 120 s. des mélanges dédiés à Bekker, 1907 ; *Römiches Privatrecht* (dans la collection Binding), I, Leipzig, 1908, p. 269. Elle nous semble en harmonie complète avec les renseignements que nous fournit l'étude du droit comparé. Comp. Schrœder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte* [5], 1907, p. 300 s.

(1) Varron, *de lingua latina*, 6, 7, 74 : *Vas appellatus, qui pro altero vadimonium promittebat*. On peut se demander si ce n'est pas intentionnellement que Varron a écrit *promittebat*, voulant ainsi marquer la différence qui séparait les anciens *vades* des *sponsores* qui, à son époque, garantissaient la promesse faite par le défendeur lui-même de recomparaître dans un certain délai devant le magistrat. Cf. Schlossmann, *Z. S. St.*, 1905, p. 303, n. 3. — En tout cas le texte de Varron contredit entièrement le système de Karlowa, *der röm. Civilprozess zur Zeit der legis actionen*, 1872, p. 325, d'après lequel le défendeur, à l'époque des actions de la loi, s'engageait personnellement à recomparaître.

(2) C'est à ce point de vue que le *vas* diffère du *vindex* de la *ma-*

vades étaient bien plutôt des débiteurs principaux que des cautions dans le sens que nous donnons à ce mot dans notre terminologie moderne.

A ce point de vue leur obligation avait la même nature que celle, sinon du *sponsor* primitif (1), du moins, sans aucun doute possible, du *praes*, qui, dans les rapports des particuliers avec l'Etat, s'engage à la place du *manceps*, qui paraît bien, à l'origine, n'avoir été nullement obligé envers l'Etat, puisque, pour s'engager lui-même, il

nus injectio. Le *vindex*, en intervenant, libère le débiteur de l'obligation qui pèse sur lui ; il éteint sa dette pour prendre sa place. Pareille substitution n'existe pas dans l'acte du *vas.* Comp. Maria, *le Vindex*, thèse, 1895, p. 142. Quant au *vindex* de l'*in jus vocatio*, M. Lenel, qui a beaucoup varié sur ce point, conjecture aujourd'hui, que dans l'ancien droit il ne s'engageait nullement à produire le défendeur *in jure*, et pense que l'ancien droit civil n'accordait au demandeur que le droit de s'emparer de la personne du *vindex* (cf. Lenel, *Z. S. St.*, 1904, p. 253 ; *Ed. perp.*[2], 1907, p. 65). Le *vindex* de l'*in jus vocatio*, à l'époque des actions de la loi, serait donc un otage dans la pensée la plus récente de Lenel.

(1) L'idée d'après laquelle le *sponsor* primitif se serait engagé à la place du débiteur principal, absolument comme le *vas* à la place du défendeur, et le *praes* à la place du *manceps*, a été récemment développée avec une grande force par Mitteis, *Mélanges Bekker*, 1907, p. 126 s. ; *Röm. Privatrecht*, I, p. 269. M. Mitteis, par la thèse qu'il soutient, s'est trouvé en opposition avec M. Lévy, *sponsio, fidepromissio, fidejussio*, Berlin, 1907, qui fonde toute sa théorie de la *sponsio* sur cette affirmation, qu'à l'origine le débiteur principal et les autres *sponsores* formaient un groupe de débiteurs corréaux qui ne se distinguaient aucunement entre eux. Ce n'est que plus tard qu'une différenciation se serait produite, à la suite de laquelle on aurait distingué, d'une part, le débiteur principal et, de l'autre, les *sponsores*, simples débiteurs accessoires. — Cf. la tentative faite par Lévy de concilier son système avec celu de Mitteis dans *Z. S. St.*, 1907 p. 399 s. Voir également le compte rendu, par M. Ernest Perrot, de l'ouvrage de Lévy dans la *N. R. H.*, 1908, p. 102 ss.

dut plus tard se porter son propre *praes* (1). L'engagement des *vades*, comme celui des *praedes*, apparaît donc comme un biais servant à contraindre indirectement une personne à exécuter une prestation. Mais il nous semble impossible d'expliquer, avec de Jhering, l'emploi de ce moyen détourné qui se retrouve dans beaucoup de législations primitives (2) et, avec une netteté plus grande

(1) Nous restons fidèle, relativement au *praes*, à la théorie de Mommsen (*Stadtrechte von Malaca und Salpensa*, 1855, p. 466-478 [*Juristische Schriften*, I, 1905, p. 357-369], reprise et développée par M. Girard (*Organis.*,I, p. 132, n. 2 ; *Manuel*[4], p. 747, n. 3) et ne sommes nullement touché par les arguments que fait valoir M. Viard dans sa thèse précitée, p. 40 s. pour soutenir que les *praedes* ne s'engageaient pas exclusivement envers l'Etat. Le passage de Cicéron (*ad famil.*, 2, 17, 4) : *Laodicae me praedes accepturum arbitror omnis pecuniae publicae, ut et mihi et populo cautum sit sine vecturae periculo* ne prouve absolument rien, car il paraît bien que Cicéron reçoit les *praedes*, dont parle ce texte, bien moins à titre d'homme privé qu'en qualité de magistrat représentant le peuple romain (Cf. en ce sens Schulz, *Z. S. St.*, 1907, p. 471). Quant à l'étymologie du mot *praes*, il nous semble difficile de le faire venir de *prae-vas* et surtout d'en tirer les conclusions qu'a voulu en déduire M. Lenel, *Z. S. St.*, 1903, p. 414, mais toutes les autres étymologies proposées ne nous satisfont pas davantage. Comp. Mommsen, *Z. S. St.*, 1902, p. 439,qui fait dériver *praes* de *praevidere* et Schlossmann, *Z. S. St.*, 1905, p. 300, de *praehendere*.

(2) Pour l'ancien droit de l'Inde, le Code de Manou contient une disposition très intéressante, livre VIII, art. 158 : *Si l'on se porte ici bas caution de la comparution (d'un débiteur), et qu'on ne puisse le produire (à l'époque fixée),on payera la dette de celui-ci sur son propre avoir* (trad.Strehly dans les *Annales du musée Guimet*, t. II, Paris,1893). — En Grèce, il semble bien qu'aux temps primitifs il ne suffisait pas, pour qu'il y eût contrat légalement formé, de l'accord des deux volontés, mais qu'il fallait l'intervention d'un tiers qui se portât caution. Ceci nous est surtout attesté par les actes de vente des inscriptions de l'ancienne Grèce, où nous voyons toujours un tiers intervenir sous le nom de βεβαιωτης. Cf. le registre des ventes de Tenos, *Recueil*

que partout ailleurs, dans l'ancien droit germanique (1), par cette idée, qu'il aurait servi à donner une sanction aux obligations de faire qui en étaient originairement dépourvues (2). Car, avec cette explication,il faut admettre que l'obligation du *manceps* était forcément une obligation de faire, ce qui ne nous paraît pas du tout démontré, et, d'autre part, cette idée n'explique aucunement l'engagement personnel du *vas* et du *praes* qui, si on l'examine de près, s'analyse lui aussi en une obligation de faire, consistant à amener le défendeur et le *manceps* à

des inscriptions juridiques grecques, 1re série, 1891-1894, p. 100 et Dareste, *Journal des Savants*, 1883, p. 170.

(1) Consulter principalement :von Amira,*Grundriss des germanischen Rechts* [2], 1897, p. 132 s. ; Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français*, 1904, 2, p. 1321 ; Schrœder, *Lehrbuch* [5], 1907, p. 300 s. — Un passage de la loi salique, *Extravag.* B, 1, 2 (Behrend [2], p. 166) est des plus significatifs : un homme est réclamé en esclavage loin de sa patrie. Il répond qu'il est d'origine libre. Alors le comte, dit le texte, doit lui faire donner un *wadium* aux fins de justifier de sa liberté. Mais il ressort nettement de la suite du texte que ce *wadium*, c'est à dire cet engagement personnel, n'acquiert de valeur juridique que si le défendeur fournit en même temps un répondant, une caution,car il est dit que si le défendeur ne trouve pas de garant,il sera remis à la garde du demandeur qui se chargera de le conduire au *mallus* où se poursuivra le procès : *et si ille dixerit quod fidejussorem habere non possit, tradat eum comes in manu mallatoris, ut eum ducat in anthmallo suo ad suam libertatem proportandam*. Cf. Wodon, *La forme et la garantie dans les contrats francs*, Malines, 1893, p. 62. —Pour l'ancien droit scandinave, consulter : von Amira, *Nordgerman. Obligationenrecht*,1882, 1, p.696; 2, p. 840 ; pour l'ancien droit suisse, Huber, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, 1893, 4, p. 876 et pour l'ancien droit anglais, Pollock and Maitland, *the history of the english law*, 1898, 2, p. 191.

(2) Ihering, *Geist des röm. Rechts* [4], t. 3, introd., p. 12 s., suivi par Cuénot, *Sentence du juge*, *N.R.H.*, 1893, p. 348 s., et par Maria, *le Vindex*, thèse, 1895, p. 139 s.

exécuter volontairement. Il nous paraît préférable de l'expliquer par cette considération, que chez les peuples primitifs la notion de responsabilité ne se confond pas avec celle d'obligation (1), vraisemblablement pour cette raison que l'individu n'y a de valeur juridique qu'en tant que membre d'une collectivité qui supporte à sa place la responsabilité de ses actes (2).

§ 1. — Objet et formes de l'engagement des vades et des subvades.

C'était le demandeur, et non le magistrat (3), qui imposait des *vades* au défendeur, et, si celui-ci refusait d'en

(1) Cf. sur la distinction primitive entre la dette et la responsabilité : von Amira, *Nordgerm. Obligationenrecht*, 1, 22 ; 2,45 ; Binder, *die Enwickelung des Obligationenbegriffs im röm. Recht auf rechtsvergleichenden Grundlage* (*Blätter f. vergl. Rechtswis. und Volkswirthschaftslehre*, 1907, p. 417) qui déclare que le très ancien droit romain des obligations « nicht anders gestaltet war, als das deutsche, das auf der Unterscheidung von Schuld und Haftung beruht. Nicht der Schuldvertrag als solcher verpflichtet, sondern er begründet nur ein Leistensollen, das nicht erzwingbar ist. Wie im germanischen Recht erst die Satzung einer Person oder Sache dem Gläubiger ein Haftungsobjekt gewährt, an das er sich halten kann, wenn der Schuldvertrag nicht erfüllt wird, so ist es aller Wahrscheinlichkeit nach auch im römischen Recht gewesen ».

(2) Les cautions, seules responsables, sont ordinairement des parents. Il y a là un vestige de l'ancienne solidarité familiale, où le chef de la gens en s'engageant obligeait tous les membres de la gens. Cf. Kovalewsky, *Coutume contemporaine et loi ancienne*, 1893, p. 110, 161. Dans l'ancien droit germanique cette responsabilité de la Sippe entière pour les délits commis par un de ses membres se maintint longtemps. — Voir à ce sujet Brunner, *Sippe und Wergeld*, *Z.S.St.*, 1882 (germ. Abth.), p. 1 s.

(3) Cela résulte du rôle purement passif que joue le magistrat au

fournir, il paraît certain que le demandeur le ramenait chez lui et le gardait dans sa prison domestique jusqu'au jour fixé pour la recomparution *in jure*. Cela résulte moins d'un passage du *Persa* de Plaute — où nous voyons un des personnages souhaiter que son interlocuteur ne trouve pas de *vades* pour qu'il soit jeté en prison (1) — que des vraisemblances générales : de même que le demandeur peut traîner de force devant le magistrat le défendeur qui ne lui donne pas de *vindex*, de même il doit logiquement pouvoir garder à sa disposition le défendeur qui a déjà comparu devant le magistrat, quand il refuse de fournir des *vades* (2).

temps des actions de la loi, ainsi que l'a mis en lumière M. Girard, *Organis.*, I, p. 69 s. C'est au demandeur à faire venir le défendeur pour la première fois devant le magistrat, c'est également à lui qu'incombe le soin d'assurer la nouvelle comparution du défendeur à l'aide de ses propres moyens de contrainte. « Chez le magistrat, on ne peut découvrir une activité libre se rapportant à autre chose qu'à des mesures d'ordre, qu'à des règlements provisoires » (Girard, *Organis.*, I, p. 74).

(1) Plaute, *Persa*, 2, 4, 18 (éd. Léo, 1895, 2, p. 149 ; éd. Gœtz et Schœll, 1900, p. 91). P. *At tu domum : nam ibi tibi parata praestost.* S. *vadatur hic me.* P. *Utinam vades desint, in carcere ut sis.* Il y a divergence entre les auteurs sur le point de savoir s'il s'agit là de *vades* fournis dans un procès civil ou de *vades* donnés dans une affaire criminelle. Nous pensons qu'il est préférable d'y voir des *vades publici* à cause du mot *Carcer* qui s'entend mieux du *carcer publicus* que du *carcer privatus*, et pour la raison qu'il s'agit d'une contestation entre deux esclaves pour lesquels est exclue la possibilité d'un procès civil. En ce sens : Mommsen, *Strafrecht*, p. 327, n. 2 (*Droit pénal*, I, p.383, n. 2) ; Kipp, *die Litis denuntiation als Prozesseinleitungsform*, 1887, p. 112 et principalement Schlossmann, Z. de Grünhut, 1905, p. 210 en note, qui analyse finement le texte. — *Contrà*, Girard, *Organis.*, I, p. 74, n. 1.

(2) Cf. Girard, *Organis.*, I, p. 74, n. 1, qui fait remarquer avec

L'obligation du *vas* apparaît, aux temps historiques, sous la forme d'une alternative à deux termes (1) : la comparution du défendeur ou le paiement d'une somme d'argent déterminée à l'avance (2). Mais en cas de plu-

juste raison que ce n'est pas la détention qui est une peine du défaut de *vadimonium*, que c'est bien plutôt le *vadimonium* qui intervient pour permettre d'éviter la détention préventive.

(1) Cette obligation archaïque ayant pour objet non pas un seul terme, mais deux termes, dont l'un consiste en l'accomplissement d'un fait et l'autre comprend le paiement d'une somme d'argent, peut paraître singulière au premier abord. Pratiquement, une telle obligation a le même effet qu'une obligation conditionnelle dont l'objet serait le paiement d'une somme d'argent et la condition, le défaut d'accomplissement d'un fait déterminé. Mais cette seconde forme d'obligation suppose déjà une culture juridique assez développée et nous savons qu'elle n'apparut chez les Romains qu'à une époque relativement récente (Girard, *Manuel*[4], p. 470). Primitivement on ne rencontre que l'obligation alternative, et l'engagement du *vas* n'en est pas le seul exemple que nous offre le très ancien droit romain. Le défendeur à la vieille action des XII tables, à l'*actio de pauperie* était soumis à une alternative du même genre : *aut dari id quod nocuit..., aut aestimationem noxiae offerri*, Ulpien, 18 *ad ed.* D. 9.1.1, pr. (Girard, *Textes*[3], p. 18).

(2) Tite Live, 3, 13, 6 : *Sisti reum pecuniamque, ni sistatur, populo promitti placere*. Plaute, *Rudens*, 3, 4, 72 : *nam promisimus carnufici aut talentum magnum aut hunc hodie sistere*. Ce sont là les seuls textes sur lesquels il est permis de s'appuyer pour déterminer l'objet de l'engagement des *vades*. Le texte de Tite Live se réfère à une époque trop ancienne pour que le fait qu'il rapporte ait une bien grande valeur historique. Mais de ce que l'événement doive être accueilli avec réserve par l'historien, il ne s'en suit pas forcément que les détails que Tite Live nous donne, à propos de cet événement, sur les institutions romaines soient faux et erronés. Or Tite Live écrivit assez près de l'époque de la procédure des actions de la loi pour la décrire fidèlement et ne pas donner de renseignements inexacts sur l'institution des *vades*. Quant au texte de Plaute, on pourrait peut-être objecter qu'il contient du droit grec et non du droit romain. Mais il semble bien que les cautions grecques qui étaient fournies pour garantir la comparution d'un défendeur en justice ne

ralité de *vades*, il semble bien qu'ils n'étaient pas tenus solidairement d'une somme unique, à la façon des *praedes* (1) ou des *sponsores* primitifs (2), de telle sorte que le demandeur ait pu réclamer le paiement intégral de la somme due à celui des *vades* qu'il lui aurait plu de poursuivre en premier, sauf à libérer par cette poursuite tous les autres *vades*. L'engagement du *vas* paraît au contraire n'avoir jamais été lié en quelque façon à celui des autres *vades*. Chaque *vas* était tenu personnellement pour une somme déterminée, dont les autres *vades* ne répondaient aucunement. Cela ressort à n'en pas douter de textes relatifs à vrai dire à la constitution de *vades* en matière criminelle (3), mais qu'il n'y a aucune raison, à notre avis, de ne pas étendre aux *vades* des procès civils (4). Cette manière de voir se trouve d'ailleurs corro-

promettaient qu'une somme d'argent. Cons. à ce sujet Meier et Schömann, *der attische Process*, nouvelle édition par Lipsius, 1883-1887, II, p. 707; Beasley, *Le cautionnement dans l'ancien droit grec*, 1902 (Bibl. de l'école des Hautes-Etudes), p. 64.

(1) Cf. Girard, *Manuel* [4], p. 747, n. 3.

(2) Cf. Girard, *Manuel* [4], p. 748.

(3) Ces textes sont relatifs au procès de Kaeso Quinctius de l'an 293 de Rome. Les termes employés par Tite Live, 3,13,6 : *Vades dari placuit* ; *unum vadem MMM aeris obligaverunt* ; *quot darentur, permissum tribunis est. Decem finierunt*, qui peuvent faire naître certain doute, sont éclairés par le récit de Denys, 10, 8, qui, par les détails qu'il nous donne sur le remboursement par le père de Quinctius des sommes payées par les *vades*, laisse bien entendre que le paiement était dû cumulativement par tous.

(4) En ce sens Girard, *Organis.*, I, p. 73, n. 1. Il y a d'autant plus de raison de les appliquer aux *vades* des procès civils que la légende de Kaeso Quinctius (Tite Live, 3,13) montre clairement que les *vades* ont été transportés des procès civils aux procès criminels.

borée par l'existence qui nous est révélée, à côté des *vades*, de *subvades* (1), qui, dans l'acceptation qui semble s'imposer, étaient des *vades* en sous-ordre garantissant le paiement de la fraction de la dette totale dont était tenu individuellement chaque *vas* vis-à-vis du demandeur (2).

Quant à la forme dans laquelle s'engageaient les *vades* et les *subvades* envers le demandeur, il paraît bien qu'elle ait comporté des paroles solennelles qu'en l'absence de tout texte, il nous semble chimérique de vouloir reconstituer dans leur rédaction matérielle (3). Il n'est pourtant pas impossible de déterminer avec quelque

(1) Un seul texte, à notre connaissance, mentionne les *subvades.* C'est Aulu Gelle, *noct. att.*, 16, 10, 8. cité p. 2, n. 1.

(2) De nombreuses théories ont été édifiées sur les *subvades.* Pour Jacques Godefroy (*Fragmenta duodecim tabularum suis nunc primum tabulis restituta*, Heidelberg, 1616, en note sous la table deuxième), le *vas* serait la caution du défendeur, le *subvas* celle du demandeur. Huschke, *das alte röm. Jahr.*, 1869, p. 314, voit dans les *subvades* les cautions garantissant la comparution du défendeur *in judicio*. Le système indiqué au texte et qui, déjà soutenu autrefois par Salmasius, de *modo usurarum*. Lugd. Batav., 1639, p. 700, est adopté par Karlowa, *legis actionem*, p. 324, n. 2 ; Voigt, *Ueber das Vadimonium, Abhandlungen* de l'Académie de Saxe, *Phil. Hist. Classe*, VIII, 1881, p. 307, n. 23 ; Girard, *Organis.*, I, p. 73, n. 1, nous paraît être celui qui se concilie le mieux avec la physionomie générale de l'institution des *vades* et avec l'étymologie du mot *subvas* (comp. avec *subcurator*, *subheres*, *submagister*, etc.).

(3) Cf. la restitution arbitraire de Voigt, *Ueber das vadimonium*, p. 349. — Tout ce que l'on peut affirmer, c'est que les paroles solennelles par lesquelles s'engageaient les *vades* n'avaient rien de commun avec les paroles de la *sponsio.* Cela ressort clairement du passage déjà cité d'Aulu Gelle, p. 2, n. 1, qui ne se comprendrait pas si le *vadimonium* avait eu, au temps des actions de la loi, la même rédaction que sous la procédure formulaire.

précision les éléments essentiels que l'engagement des *vades* devait réunir : en plus de l'objet de l'obligation : la comparution du défendeur ou le paiement d'une somme d'argent (1), la promesse du *vas* devait, comme le prouvent les sources, indiquer à la fois le jour précis (2) et l'endroit (3) où devait avoir lieu la nouvelle comparution.

§ 2. — Effets et sanction de l'engagement des vades et des subvades.

Si le défendeur ne comparaissait pas au jour fixé pour sa recomparution *in jure*, le demandeur poursuivait les *vades* en paiement de la somme qu'ils avaient individuellement promise. Le défaut du défendeur au jour convenu rendait donc immédiatement exigible l'obligation pour le *vas* de payer une certaine somme d'argent ; mais il

(1) On peut se demander par qui était fixé le montant de la somme d'argent promise par le *vas*. Il est possible que le magistrat intervenait dans cette fixation, à moins que ce ne fût la loi ellemême qui ait édicté à ce sujet des règles impératives. Karlowa, *der röm. Civilprozess zur Zeit der legisactionen*, p. 325, pense que ce montant aurait toujours été égal à la valeur de la chose litigieuse, au *quanti ea res est.* Mais voir contre ce système, p. 18, n. 1.

(2) Nous pensons que c'était le magistrat qui fixait le jour de la nouvelle comparution et que le délai ne fut pas, comme le prétend Karlowa, *legis actionem*, p. 364, un délai fixe de deux jours (arg. Macrobe, *Saturnales*, 1, 76, Aulu Gelle, *noct. att.*, 6 (7), 1, 8). Voir sur le système de Karlowa, p. 29, n. 2.

(3) Tite Live, XXIII, 32 : *Praetores, quorum jurisdictio erat, tribunalia ad piscinam publicam posuerunt. Eo vadimonia fieri jusserunt ; ibique eo anno jus dictum est.* A rapprocher de Aulu Gelle, *noct. att.*, 6 (7), 1, 8 : *in quem diem locumque vadimonium promitti juberet* (*Scipio*).

semble bien que cette obligation fût toute personnelle au *vas* et s'éteignît par sa mort sans passer à ses héritiers (1), ce qui expliquerait à un autre point de vue la nécessité de garantir par un *subvas* l'obligation du *vas*.

Quant au défendeur, nous ne croyons pas que sa non-recomparution ait entraîné pour lui la perte de la chose litigieuse, puisque les formalités de la *legis actio* n'avaient pas encore été accomplies (2). Il pouvait être simplement poursuivi à nouveau par le demandeur dont le droit n'avait pas été déduit en justice (3).

(1) C'est au témoignage de Gaius, 4, 120, le caractère que présentait encore à son époque l'obligation des *sponsores*. C'est également celui que présente l'obligation des cautions dans les législations primitives : la loi de Manou, livre 8. déclare dans son article 159 : « *l'argent dû pour s'être porté garant d'une comparution, le fils n'est pas tenu à le payer* ». Pour le droit germanique,cons. Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 89-90, p. 131-132. Sur le droit comparé en général, voir : Post, *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, 2, 1885, p. 669 et la bibliographie indiquée dans Lévy, *sponsio*, p. 45 ss.

(2) Nous réservons pour la période de la procédure formulaire le passage d'Horace, *Sat.*, 1, 9, 35, et repoussons pour le temps des actions de la loi la conjecture de Karlowa, *legis actionen*, p. 327, d'après laquelle les parties auraient pris déjà l'habitude, pendant notre période, de régler par une convention réciproque la conséquence du défaut de l'une ou de l'autre. Cet effet aurait été, pour le demandeur défaillant, la perte de son droit et, pour le défendeur défaillant, la perte de l'objet litigieux. Nous ne comprenons pas en effet comment une pareille convention aurait pu être sanctionnée au temps des actions de la loi. Comment aurait pu être repoussé le demandeur qui, au mépris de la convention, aurait de nouveau actionné le défendeur ? Les exceptions n'existaient pas encore à cette époque. Et comment le demandeur aurait-il pu réclamer au défendeur défaillant l'objet litigieux puisqu'il n'y avait pas eu jugement ?

(3) On peut se demander si les *vades*, qui avaient versé la somme d'argent par eux promise en cas de non comparution du défendeur,

Si le demandeur et le défendeur ne comparaissaient pas tous les deux, nous pensons que le demandeur perdait alors son droit de poursuivre les *vades*, et, si le demandeur était seul à ne pas comparaître, il lui restait encore à notre avis la possibilité de poursuivre à nouveau le défendeur, sans que son défaut ait pu jamais entraîner pour lui la perte de son droit (1).

La question de savoir par quels moyens de procédure était sanctionné l'engagement des *vades* et des *subvades* est tout entière du domaine de la conjecture en l'absence totale de textes capables de nous donner quelque éclaircissement. On ne peut, selon nous, tenter de la résoudre d'une façon satisfaisante qu'en s'inspirant, d'une part, de la physionomie générale de l'ancienne procédure des *legis actiones*,et en se demandant,par ailleurs,si des vestiges de l'ancien état droit ne peuvent se retrouver dans la procédure formulaire, où le fonctionnement du *vadimonium* nous est beaucoup mieux connu. A notre avis l'hésitation ne peut porter qu'entre la *manus injectio* et la *legis actio per sacramentum* (2), et nous pensons que des

avaient un recours contre ce dernier. Nous pensons qu'il faut répondre négativement.Sans doute Denys, 10,8,nous rapporte expressément que le père de Kaeso Quinctius désintéressa les *vades* qui avaient promis la comparution de son fils devant l'assemblée du peuple. Mais ce fait n'implique nullement que Kaeso Quinctius luimême fût obligé de restituer aux *vades* les sommes qu'ils avaient payées. On peut d'autre part faire valoir en notre sens cette considération,que les *sponsores* ne furent admis qu'assez tard (après la loi Publilia) à se retourner contre le débiteur principal.

(1) Voir p. 15, n. 2.

(2) On ne peut penser en effet ni à la *judicis postulatio* qui n'in-

raisons sérieuses militent en faveur de l'idée d'après laquelle l'engagement des *vades* et des *subvades* aurait été sanctionné par la procédure énergique de la *manus injectio* (1). En premier lieu on peut faire valoir en ce sens le caractère formel et public de l'engagement des *vades*. Or c'est précisément le caractère des droits que sanctionne cette procédure d'être incontestables. Les *vades* et les *subvades* s'engagent en des formes solennelles devant le magistrat, au su et à la connaissance de tous. D'autre part, le fait qui motive leur poursuite, la non-comparution du défendeur au jour fixé, est assuré de la même notoriété. Enfin les *vades* et les *subvades* sont tenus de payer une somme d'argent nettement déterminée, un *aes certum*, et nous savons que c'est contre de pareils débiteurs que la *manus injectio* s'applique, contre les débiteurs d'*aes nexum* ou d'*aes legatum*, puis, après l'apparition de l'*actio sacramenti in personam*, contre les débiteurs d'*aes confessum* ou d'*aes judicatum*. Il nous semble possible de corroborer ces arguments déjà forts en eux-mêmes par certaines particularités du *vadimonium* de l'époque formulaire, qui paraissent bien être des sur-

tervenait vraisemblablement que dans les cas où il y avait plutôt un règlement à faire qu'une contestation à vider (partage, bornage, *arbitrium litis aestimandae*). Cf. Girard, *Manuel* [4], p. 987, ni à la *pignoris capio*, qui apparaît bien avoir toujours été à Rome un procédé d'exécution purement administratif (Cf. Girard, *Manuel* [4], p. 977), ni enfin à la *condictio* d'apparition beaucoup trop récente.

(1) En ce sens Karlowa, *legis actionen*, p. 324. M. Girard incline vers cette manière de voir dans *Organis.*, I, p. 73, n. 1 (Comp. *N. R. H.*, 1883, p. 554, n. 1).

vivances inconscientes de l'ancien état de choses, par ce fait, par exemple, que dans les actions *judicati* et *depensi*, qui sous les *legis actiones* étaient sanctionnées par la *manus injectio*, le montant du *vadimonium* est égal à la valeur totale de la chose litigieuse (Gaius, IV, 186) (1), et par cet autre, beaucoup plus probant à nos yeux, que dans certains cas où le besoin d'une répression plus énergique se faisait sentir, le défendeur qui faisait défaut au jour fixé était immédiatement déféré à un jury de récupérateurs qui le condamnait au paiement de la *summa vadimonii* (Gaius, IV, 185).

(1) Cette particularité semble en effet supposer que sous les *legis actiones* le total des engagements individuels des *vades* correspondait en cas de *depensum* et de *judicatum* à toute la valeur de la chose litigieuse, et que dans ces cas qui, nous le savons, donnaient ouverture à la *manus injectio*, l'engagement des *vades* devait être nécessairement sanctionné par le même procédé. Mais il nous paraît absolument arbitraire de vouloir, comme Karlowa, *legis actionen*, p. 324, en déduire des conclusions générales, applicables à tous les cas où s'engageaient des *vades*. En s'en tenant prudemment aux cas de *judicatum* et de *depensum*, peut-être pourrait-on en tirer argument pour soutenir que la loi Vallia (entre le milieu du VI[e] siècle et le premier tiers du VII[e], d'après M. Girard, *Manuel* [4], p. 983), qui, à l'exception des cas de *judicatum* et de *depensum*, permit à toute personne poursuivie par la *manus injectio* de se constituer son propre *vindex*, ne s'appliqua pas aux *vades* et *subvades*.

CHAPITRE II

SPHÈRE D'APPLICATION DE L'ENGAGEMENT DES VADES ET DES SUBVADES.

I. — L'engagement des *vades* et des *subvades*, auquel nous avons jusqu'ici reconnu un caractère purement procédural, aurait eu selon plusieurs auteurs un champ d'application beaucoup plus large, aurait servi sinon à faire naître, du moins à garantir toutes les obligations civiles (1).

(1) Ce système, principalement défendu par Voigt, *Ueber das Vadimonium*, p. 308 s., admis par Schulin, *Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts*, 1889 p. 348, p. 363 ; Cuq, *Institutions juridiques des Romains* (1re édit., 1891), p. 381 ; Sohm, *Institutionen* [11], p. 380, n. 3, a été repris récemment par Mitteis, *Z. S. St.*, 1901, p. 97 ; *Mélanges Bekker*, 1907, p. 114 s., et par Lenel, *Z. S. St.*, 1902, p. 96 s., qui ont essayé de le fortifier à l'aide de considérations tirées de l'examen du droit comparé et en particulier de l'ancien droit germanique. De cette constatation, que les premiers contrats furent en droit germanique ce qu'on pourrait appeler des contrats de composition c'est-à-dire des contrats conclus en justice en vue du paiement de compositions pécuniaires, et que, pour de tels engagements, étaient seules responsables les cautions que fournissait la personne qui devait payer la composition (*Wadiatio*. Cf. Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français*, 1904, p. 1381, 1387 ; Schrœder, *Lehrbuch* [5], 1907, p. 304). MM. Mitteis et Lenel en concluent que le droit romain des obligations a dû passer par les mêmes phases. Les premières obligations auraient été à Rome des obligations nées de délits et les premiers contrats des contrats judiciaires. A ce point de vue les *vades* auraient eu d'après Lenel une importance considérable : ils

La preuve décisive en serait fournie par un texte de Varron, *de lingua latina*, VI, 7, 74 :

« Consuetudo erat, quum reus parum esset idoneus inceptis rebus, ut pro se alium daret,

auraient servi à garantir le paiement des compositions pécuniaires aussi bien qu'à assurer la recomparution du défendeur en justice. Plus tard ils auraient cessé d'être exclusivement des cautions de procédure, auraient pu intervenir extrajudiciairement et garantir, ou plus exactement faire naître, des obligations purement civiles. M. Mitteis n'attache pas une aussi grande importance au rôle des *vades*. Sans doute il ne conteste pas que ceux-ci aient pu intervenir en dehors de tout procès pour garantir des obligations civiles (arg. tiré de Varron, *de lingua latina*, VI, 7, 74), mais ce serait pour lui les *sponsores* qui auraient, dans l'évolution des contrats, joué le principal rôle. Si nous le comprenons bien, les *sponsores* auraient été à l'origine des cautions de procédure et auraient servi principalement à garantir le paiement de compositions pécuniaires, en s'engageant à la place de l'auteur du délit. Ils auraient fini ensuite par intervenir en dehors de tout procès pour garantir des obligations autres que des obligations délictuelles. Enfin, dernière phase de l'évolution, il ne fut plus besoin de l'intervention de *sponsores* pour rendre une obligation exigible. On put se constituer son propre *sponsor* et, en s'engageant soi-même par voie de *sponsio*, engager sa propre responsabilité. Sans vouloir nous prononcer sur la question si obscure de l'origine de la *sponsio*, nous devons reconnaître que le système de M. Mitteis (comp. Collinet, *Le rôle primitif de la stipulation*, Mélanges Gérardin, 1907, p. 79), à condition bien entendu de le considérer comme une simple hypothèse, est beaucoup plus satisfaisant que celui de M. Lenel qui, à notre avis, fait jouer aux *vades* un rôle qu'ils n'ont certainement pas joué. Car si l'engagement des *vades* avait été une promesse génératrice de toutes sortes d'obligations, comment expliquer que le mot *Vadimonium* se soit restreint dans la suite à une promesse ayant un objet bien défini ? La distinction particulièrement accusée à l'époque ancienne des cautions de recomparution (*vades*) et des débiteurs verbaux ordinaires prouve bien que les premiers n'ont jamais empiété sur le domaine des seconds (Cf. Girard, *Manuel*[4], p. 488, n. 3). Quant au texte de Varron, nous verrons qu'il n'implique pas forcément que les *vades* aient pu jouer un rôle extrajudiciaire.

a quo caveri postea lege cœptum est ab his qui praedia venderent, vades ne darent; ab eo scribi cœptum in lege mancipiorum : «vadem ne posceret nec dabitur. »

Ce texte qui se rapporte à la garantie de la vente en cas d'éviction semble bien dire que l'usage était que le vendeur, au moment de la mancipation, fournît des *vades* à l'acheteur pour le garantir des troubles qui pourraient résulter pour lui d'une éviction future. Ces *vades* auraient donc été donnés en dehors de tout procès et auraient servi à garantir l'obligation d'après laquelle tout vendeur était tenu de *praestare* à l'acheteur son *auctoritas* (1). S'il en est ainsi, pourquoi considérer le texte de Varron comme limitatif ? pourquoi la constitution de *vades* n'aurait-elle pas pu servir à garantir n'importe quelle autre obligation (2) ?

Nous ne pensons pas que cette thèse puisse être acceptée (3). Pour nous, le texte de Varron peut être entendu

(1) Comme l'a démontré M. Girard, *N.H.R.*, 1882, p. 182 s., l'*auctoritas*, dans son acception primitive, est l'assistance judiciaire fournie par le mancipant à l'acquéreur. L'*auctor* en effet est celui qui *auget*, c'est-à-dire celui qui intervient pour augmenter, fortifier la situation du défendeur dans la revendication.

(2) Les principales hypothèses dans lesquelles aurait fonctionné ce *vadimonium* de droit civil seraient pour Voigt, p. 310 s., le *subvadimonium*, c'est-à-dire l'engagement contracté par le *subvas* de garantir le paiement de la somme d'argent déjà promise par le *vas* et la *satisdatio secundum mancipium* qui, d'après Voigt, aurait eu à la fois pour objet de garantir l'acheteur contre les risques d'éviction et de garantir le vendeur du paiement par l'acheteur du *pretium mancipationis*.

(3) Parmi les partisans de l'opinion que nous défendons, nous

dans un tout autre sens, où le mot *vas* conserve son acception particulière de garant de la recomparution d'un défendeur *in jure*. Les mots *inceptis rebus* se réfèrent visiblement à un procès en éviction déjà commencé (1), et les mots *vadem ne posceret nec dabitur* de la clause que l'on prit l'habitude d'insérer dans la *lex mancipiorum* pour décharger le vendeur de l'obligation de fournir des *vades*, montrent bien que les *vades* n'étaient pas donnés au moment de la mancipation, mais au moment où commençaient à se manifester les premiers troubles d'éviction (2). Ces observations nous révèlent la manière dont doit être compris le texte : le vendeur, en vertu de la mancipation, est tenu de *praestare* à l'acheteur son *auctoritas*, c'est-à-dire de le défendre si un tiers veut l'évincer. Supposons l'acheteur poursuivi en justice par un tiers qui se déclare propriétaire. Son premier soin était

nous contenterons de citer Girard, *N.R.H.*, 1883, p. 554 ; *Manuel*[4], p. 748, n. 1 ; Karlowa, *röm. Rechtsgeschichte*, 2, p. 621, renvoyant pour la littérature ancienne à Girard, *loc. cit.*, p. 554, n. 1. Voir aussi Schlossmann *Z.S.St.*, 1905, p. 303, qui se prononce pour le caractère procédural des *vades* dont parle Varron, mais qui semble bien dire qu'ils étaient fournis au moment de la vente en vue d'une éviction possible.

(1) M. Voigt traduit ainsi les mots *inceptis rebus* : relativement aux obligations par lui assumées.

(2) Karlowa, *röm. Rechtsgeschichte*, 2, p. 621. — On peut faire aussi remarquer que cette clause qui se conçoit pour le moment du procès serait superflue pour celui de la mancipation. En effet, si les *vades* dont nous parle Varron avaient servi à garantir l'obligation du vendeur de *praestare auctoritatem*, ils n'auraient pu être demandés qu'au moment de la mancipation, car les règles sur les clauses de style sont propres aux actions de bonne foi. Comment expliquer alors que l'acheteur s'enlève le droit d'en demander après la mancipation ?

de faire remettre l'affaire à un autre jour, garantissant vraisemblablement sa recomparution par des *vades*. Puis il allait trouver son vendeur et l'amenait devant le magistrat. Là, à l'aide d'une formule solennelle qui nous a été conservée (1), il lui demandait d'être son *auctor*. C'est alors que le vendeur, qui se rendait à l'invitation de l'acheteur, fournissait des *vades* garantissant sa recomparution au jour où l'acheteur avait lui-même fait remettre l'affaire. Ce sont ces *vades* dont nous parle Varron pour nous apprendre que les vendeurs d'immeubles n'en fournissaient plus. On peut toutefois se demander quel intérêt pouvait bien avoir l'acheteur à obtenir de tels *vades*. Le vendeur ne venait-il pas l'assister au cours du procès en éviction, et, par suite de son défaut d'assistance, était-il lui-même obligé de restituer l'immeuble à celui qui le revendiquait contre lui, n'avait-il pas alors contre son vendeur l'*actio auctoritatis* au double du prix ? Sans doute, mais on ne doit pas perdre de vue que l'acheteur pouvait se heurter à l'insolvabilité de son vendeur : la garantie résultant pour lui de l'*actio auctoritatis* était alors illusoire. La constitution de cautions de procédure (*vades*) aurait été, selon nous, un biais dont se serait servi l'acheteur pour obtenir un surcroît de garantie, avant que la pratique ait inventé d'autres moyens plus efficaces, par exemple la

(1) Cette formule conçue en ces termes : *Quando in jure te conspicuo, postulo anne fuas auctor* nous est rapportée à la fois par Cicéron, *pro Caec.*, 19,54 ; *pro Murena,* 12,26 et par Valerius Probus,4, 7 (Girard, *Textes* [3], p. 198). — Cf. Girard, *N.R.H.*, 1882, p. 184, n. 1 ; Kipp, *litis denuntiatio*, p. 148.

satisdatio secundum mancipium (1). Par la constitution de *vades* l'acheteur n'était en effet qu'imparfaitement protégé : sans doute, si le vendeur ne comparaissait pas au jour fixé pour la reprise du procès, l'acheteur poursuivait les *vades* et exigeait d'eux le paiement des sommes promises. Mais si le vendeur comparaissait, et si, malgré son assistance, l'acheteur était évincé, ce dernier ne pouvait se retourner contre les *vades* qui n'avaient promis que la comparution du vendeur. Il ne pouvait donc qu'intenter contre le vendeur l'*actio auctoritatis* avec le risque de se heurter à son insolvabilité. C'est en ce sens, croyons-nous, que la *satisdatio secundum mancipium* constitua un progrès dans l'histoire de la garantie de la vente romaine.

(1) Nous pensons en effet avec M. Girard, 1883, *N. R. H.*, p. 548, que la *satisdatio secundum mancipium* dont fait mention la loi de Bétique (*C. I. L.*, II, 5042) ne doit pas être confondue avec l'engagement des *vades* dont nous parle Varron. M. Girard a péremptoirement démontré que la *satisdatio secundum mancipium* et la *repromissio secundum mancipium*, qui sont réunies par la loi de Bétique, constituent deux variétés du même acte. La *satisdatio* aurait servi en cas de vente par mancipation pour renforcer par des cautions l'obligation résultant du fait même de la mancipation pour le vendeur de fournir son *auctoritas*, et la *repromissio* aurait servi en cas de vente de choses *nec mancipi* ou en cas de vente de choses *mancipi* réalisée par un autre mode que la mancipation à faire naître dans la personne du vendeur une obligation semblable à celle qui aurait résulté *ipso jure* de la mancipation. Il est impossible par ailleurs d'assimiler la *satisdatio secundum mancipium* à la constitution de *vades*, car, si la *satisdatio* consiste à fournir des *vades*, en quoi consistera la *repromissio* ? et d'autre part comment expliquer que la loi de Bétique prenne la peine d'écarter au premier ou au second siècle une sûreté dont Varron parle déjà comme d'une antiquité ?

II. — S'il est donc plus prudent de s'en tenir à l'idée d'après laquelle l'engagement des *vades* et des *subvades* eut un caractère procédural, il reste à se demander quel rôle il joua dans sa sphère d'action nettement délimitée. Nous rencontrons ici encore de grandes divergences parmi les auteurs, les uns étendant le nombre des cas où il aurait fonctionné, les autres le restreignant au contraire. Nous pensons qu'il faut résolument rejeter les deux cas suivants d'application, dont l'existence ne nous paraît pas suffisamment démontrée.

1° L'engagement des *vades* et des *subvades* n'a jamais pu,selon nous,servir à assurer la comparution du défendeur pour la première fois devant le magistrat (1). En d'autres termes, nous nions l'existence au temps des actions de la loi d'un *vadimonium* extrajudiciaire, que l'on a cru trouver dans la procédure de la *legis actio per condictionem*, telle qu'elle nous est rapportée par Gaius, IV, 18 :

> « Condicere autem denuntiare est prisca lingua. Itaque haec quidem actio proprie condictio vocabatur : nam actor adversario denuntiabat, ut ad judicem capiendum die XXX adesset. »

(1) Nous laissons de côté, sans nous donner la peine de nous y arrêter, la vieille théorie soutenue par Pollet, *Historia fori romani*, V, chap. Ier (Ed. de Francfort, 1676, p. 402 s.) et reprise par Voorda, *de Vadimonio*, cap. 2. Traj. ad. Rhen. 1741 (dans la *Jurisprudentia antiqua* de Fellenberg, Berne, 1760, II, p. 1 s.), d'après laquelle les *vades*, confondus avec le *vindex*, auraient servi à libérer le défendeur de son obligation de suivre immédiatement le demandeur et à assurer ce dernier de la comparution du défendeur *in jure*.

Les auteurs qui admettent que cette *denuntiatio*, dont parle Gaius, avait lieu hors de la présence du magistrat, sont logiquement amenés à penser que le demandeur exigeait à ce moment du défendeur qu'il lui garantît par des *vades* sa comparution devant le magistrat, au bout de trente jours, pour prendre un juge (1). Toute la question est donc de savoir à quel moment précis avait lieu cette *denuntiatio*. Nous pensons avec la majorité des auteurs (2) qu'elle avait lieu *in jure* et qu'elle était une partie intégrante de la *legis actio*, dont un des caractères les plus saillants est, comme on le sait, de se dérouler toute entière devant le magistrat. On peut d'abord faire valoir en ce sens la contradiction qui résulterait du passage de Gaius s'il en était autrement. Gaius nous apprend que c'est cette *condictio* (*denuntiatio*) qui donna son nom à la *legis actio*. Or il serait bien étrange que cette *condictio* en eût déterminé le nom si elle n'en avait été que le préliminaire. C'est par ailleurs attacher une importance dé-

(1) En ce sens Keller, *Civilprocess*, note 242 (trad. Capmas, p. 75) ; Bekker, *Aktionen*, I, p. 75 ; Voigt, *Vadimonium*, p. 327 s. ; Ihering, *Geist des röm. Rechts* [5], II, p. 643, n. 889 ; Eisele, *Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte*, 1896, p. 272. M. Cuq, *Inst. jurid. des Romains*, I (1re éd.), p. 669, paraît bien être de la même opinion.

(2) Mommsen, *Krit. Jahrb.*, XVIII, p. 877 s. ; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilprocess*, I, p. 152 ; Karlowa, *legisactionen*, p. 233 ; Huschke, *Die Multa und das Sacramentum*, 1874, p. 490 ; Baron, *Condictionen*, p. 192 ; Accarias, *Précis de droit romain* [4] (1886-1891), II, p. 681 ; Wach sous Keller, *Civilprocess*, 6e éd., note 242 ; Hartmann-Ubbelohde, *Ordo judiciorum*, I, p. 460 ; Kipp, *Litisdenuntiatio*, p. 147 s. et dans Pauly-Wissowa, V° *Condictio*, IV, p. 848 ; Girard, *Manuel* [4], p. 988.

mesurée au mot *adesset*, dont se sert Gaius, que d'en vouloir conclure que cette expression est incompatible avec la doctrine que nous défendons, car, si la *denuntiatio* avait eu lieu devant le magistrat, Gaius aurait employé l'expression plus juste de *rediret*. L'argument tombe quand on remarque que le verbe *adesse* signifie littéralement « être présent », sans aucune idée de mouvement. Or il est tout naturel que le demandeur, se trouvant devant le magistrat, ait employé dans sa *denuntiatio* ce terme vague qui, à défaut d'une indication expresse de lieu, ne pouvait s'entendre que d'une recomparution à l'endroit même où il prononçait la formule de *denuntiatio* (1).

2° C'est également sans raison décisive que l'on a soutenu que les *vades* et les *subvades* auraient servi à garantir la comparution du défendeur devant le juge: Gaius, IV, 15, nous apprend que dans la *legis actio sacramenti* le défendeur et le demandeur, après être revenus devant le magistrat à l'expiration du délai de trente jours

(1) Nous renvoyons pour la réfutation des arguments spécieux de Voigt à Wach sous Keller, *Civilprocess*, 6e éd., note 242. — En faveur de l'opinion que nous défendons, on peut encore faire valoir cette considération, que ce système de citation, qui aurait été organisé par les lois Silia et Calpurnia, est en contradiction complète avec la physionomie générale des *legis actiones* où c'est au demandeur à conduire lui-même le défendeur devant le magistrat. Comment expliquer, d'autre part, que cette sorte de *litis denuntiatio* soit restée spéciale à la *legis actio per condictionem* et ne se soit pas généralisée à l'époque formulaire où elle n'apparaît que très tardivement comme mode général de citation en justice ? Cf. Kipp, *Litis-denuntiatio*, p. 148.

introduit par la loi Pinaria, et après la nomination du juge, « *comperendinum diem, ut ad judicem venirent, denuntiabant* » c'est-à-dire s'invitaient réciproquement à venir le surlendemain devant le juge (1). On a pensé qu'à ce moment le défendeur fournissait des *vades* pour garantir au demandeur sa comparution *in judicio* (2), et on a voulu en voir la preuve dans un texte obscur de Macrobe, *Saturnales*, I, 76:

> « Comperendini (*dies*),quibus vadimonium licet dicere. »

Mais outre que ce texte offre des difficultés sérieuses

(1) A rapprocher du Pseudo-Asconius, *in Verrem*, 2, 1, 9 (Orelli, p. 164) : *Comperendinatio est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denunciatio in perendinum diem. Namque cum in rem aliquam agerent litigatores et poena se sacramenti peterent, poscebant judicem, qui dabatur post trigesimum diem* : *quo dato deinde inter se comperendinum diem, ut ad judicium venirent, denunciabant.* La phrase que certains auteurs attribuent au Pseudo-Asconius: *litigantes accepto judicio non stipulationibus mutuis promisisse, sed denuntiatione tantum reciproca se invicem monuisse, ut adessent apud judicem* n'existe que dans leur imagination.

(2) Ce système, déjà défendu par Jacques Godefroy (*Fragmenta duodecim tabularum*, Heidelberg, 1616, dans les notes de la *tabula secunda*) qui soutenait que les *vades* et les *subvades* n'auraient servi que dans ce cas, et repris par Zimmern, *Traité des actions* (trad. Etienne, 1843), p. 329, Schlayer, *die Lehre von den Cautionen im Civilprozesse*, Z. für Civilrecht und Process, neue Folge, IX, Giessen, 1851, p. 14, a été surtout développé par Huschke, *das alte römische Jahr und seine Tage*, Breslau, 1869, p. 313 (Cf. le même, *die Multa und das Sacramentum*, 1874, p. 447, note 260). — Il a été principalement attaqué par Hartmann, *Contumacialverfahren*, 1851, p. 237, Karlowa, *legisactionen*, p. 364, Wach-Keller, *Civilprozess*, note 55, Voigt, *Vadimonium*, p. 333, Kipp, dans Pauly Wissowa, V° *Comperendinatio*, IV, p. 788. M. Girard, *Organis.*, I, p. 87, n. 2 reste dans le doute.

de traduction, car il peut être entendu de plusieurs façons suivant le sens que l'on donne au mot « *quibus* » — les *dies comperendini* pouvant être ou bien les jours pendant lesquels « *vadimonium licet dicere* » (1), ou bien ceux en vue desquels on a coutume de contracter des *vadimonia* (2), — l'autorité de Macrobe ne nous semble pas suffisante (3), pour que l'on puisse édifier

(1) Pour Huschke, *Das alte röm. Jahr.*, p. 313 s., les mots *vadimonium dicere* du passage de Macrobe seraient employés dans le sens de *causam dicere*, et les *comperendini dies* seraient ceux pendant lesquels on pourrait *causam dicere*, c'est-à-dire ceux pendant lesquels pouvaient avoir lieu les débats *in judicio*. Mais cet auteur reconnaît que le défendeur fournissait des *subvades* (les *vades* étant pour lui les cautions fournies pour la recomparution *in jure*) au demandeur pour garantir sa comparution *in judicio*.

(2) M. Karlowa, *legisactionen*, p. 364 s., traduit ainsi le *quibus* du passage de Macrobe, mais il s'efforce de rattacher les *comperendini dies* à la procédure *in jure*. Reprenant sans s'en douter une vieille théorie jadis soutenue par Brissonius, *De formulis et solennibus populi romani verbis*, Halle et Leipzig, 1731, p. 346,il soutient que les *vadimonia* étaient conclus *in jure* pour le *dies perendinus*, c'est-à-dire que la recomparution du défendeur devant le magistrat devait avoir lieu en principe le surlendemain. Il invoque en ce sens un passage d'Aulu-Gelle, *noct. att.*, 6 (7), 1, 8, dans lequel on voit Scipion le premier Africain déclarer que le *vadimonium* serait conclu pour le surlendemain. *Perindie,inquit, sese sistant illo in loco.* Mais la lecture attentive du texte montre qu'il ne s'agit pas là d'un délai impératif. Si le délai avait été un délai fixe, il aurait été connu de tous et aucun des assistants n'aurait songé à demander à Scipion *in quem diem vadimonium promitti juberet.* Cette demande prouve bien que la fixation du délai dépendait du pouvoir discrétionnaire du magistrat. On peut aussi invoquer contre l'explication de Karlowa la difficulté de la concilier avec le système des *dies nefasti* (Cf. Voigt, *Vadimonium*, p. 344) et aussi avec le système de la loi Pinaria.

(3) Macrobe, personnage consulaire sous Théodose II, écrit dans la première moitié du cinquième siècle. Il paraît bien avoir mis à contribution, pour la composition de ses Saturnales, plusieurs au-

exclusivement sur elle (1) tout un système qui nous paraît en contradiction absolue avec les principes réglant sous les actions de la loi le défaut des parties *in judicio*. Car la sanction que recevait, d'après la loi des XII tables, la non-comparution du défendeur au jour fixé pour les débats devant le juge, exclut entièrement la nécessité pour le demandeur de faire garantir par des *vades* la comparution du défendeur *in judicio*. Nous savons en effet que si l'une des parties fait défaut sans excuse (2) jusqu'au milieu du jour, le juge doit donner raison à l'autre : XII Tables, I, 8 : *Post meridiem praesenti litem*

teurs antérieurs, parmi lesquels on reconnaît surtout Aulu-Gelle. Cf. Teuffel, *Histoire de la littérature romaine*, trad. française, t. III (1883), p. 221. Les renseignements qu'il nous donne dans ses Saturnales sur les vieilles institutions religieuses de Rome ne sont donc pas dépourvus de toute valeur. Toutefois le passage cité au texte nous paraît des plus suspects. Nous n'en voulons pour preuve que l'expression obscure de *vadimonium dicere* que, de tous les auteurs littéraires, Macrobe est le seul à employer. Il est inutile, à notre avis, de vouloir coûte que coûte donner une explication du passage de Macrobe. Toutes les explications qu'on en a proposées nous paraissent arbitraires (explication de Karlowa exposée à la note précédente) ou conjecturales (Voir la conjecture de Voigt d'après laquelle (*Vadimonium*, p. 344), le texte de Macrobe s'appliquerait aux procès entre étrangers et citoyens romains). Mieux vaut le considérer comme une énigme et l'écarter du débat.

(1) Nous laissons de côté les textes relatifs à la procédure formulaire que l'on a voulu introduire dans le débat pour fortifier le texte de Macrobe. Nous verrons qu'aucun ne résiste à un examen sérieux.

(2) Les XII Tables ne nomment parmi les cas d'excuse que le *morbus sonticus* (Cf. D. 2, 11, 2 § 3) et le *status dies cum hoste*. Mais on peut, croyons-nous, y ajouter avec Mommsen, *Eph. ep.*, II, p. 142 = *Juristische Schriften*, 1, 1905, p. 232, les autres causes d'excuse de la *lex coloniae Genetivae*, c. 95 (Girard, *Textes*[3], p. 95) ; *judicium, sacrificium, funus familiare, feriae denicales*.

addicito. Si donc le défendeur ne comparaît pas, le jugement sera automatiquement rendu au profit du demandeur, sans que celui-ci ait à fournir la moindre preuve de son droit (1). Les intérêts du demandeur n'étaient-ils pas ainsi suffisamment sauvegardés ?

III. — Après ces éliminations successives, il ne reste plus, comme cas d'application certain de l'engagement des *vades*, que celui que Gaius, IV, 184, nous rapporte pour l'époque de la procédure formulaire, c'est-à-dire celui où, l'affaire soumise au magistrat ne pouvant être terminée le jour même, il était indispensable de la remettre à un autre jour (2). Cela devait principalement se pro-

(1) Tout le monde reconnaît aujourd'hui que la règle *post meridiem praesenti litem addicit o* se rapporte au défaut des parties *in judicio*. Cf. Girard, *Organis*., I, p. 85, n. 3 ; Wlassak, dans Pauly-Wissowa, V° *Absentia*, I, p. 121 ; Kipp dans le même, V° *Eremodicium*, VI, p. 417.

(2) C'est le système jadis soutenu par Raevardus, *Protribun*., c. 9 (*Opera*, Francfort, 1622, II, p. 900) ; Sigonius, *de judiciis*, l. I, cap. 20 (dans *De antiquo jure populi romani*. Bononiae, 1574, p. 464) et repris par van Hess, *Dissertatio de iis, quae antiquitus apud Romanos inter litigatores ante litem contestatam fiebant*. Lugd. Batav. 1747, c. 3, § 43 (dans la *Jurisprudentia antiqua* de Fellenberg, Berne, 1760, I, p. 545) ; Glück, *Opuscula juridica*, Erlangen, 1785, fasc. II, p. 332 s. Tous les auteurs sont aujourd'hui d'accord pour faire fonctionner dans cette hypothèse l'engagement des *vades*. — Il ne semble pas que l'usage de fournir des *vades* ait été restreint à la juridiction civile qui s'exerçait à Rome, car Aulu-Gelle, 6 (7), 1, 8 et Valère Maxime, 3,7,1,nous rapportent tous les deux que Scipion le premier Africain, proconsul en Espagne au milieu du VI[e] siècle (avant donc l'apparition de la procédure formulaire), interrogé par ses soldats au siège de Badia sur le lieu et le jour où il ferait promettre le *vadimonium*, répondit en étendant la main vers la citadelle de la ville qu'il assiégeait : *perendie, sese sistant illo in loco*.

duire dans les procès en éviction où le défendeur faisait remettre l'affaire pour aller à la recherche de son *auctor*, et aussi, quand par suite de l'absence de la chose litigieuse, la *legis actio sacramenti in rem* ne pouvait avoir lieu entre les parties (1). Avec la réforme de la loi Pinaria, l'engagement des *vades*, qui n'intervenait jusque-là que dans des cas exceptionnels, devint d'un usage courant, et fut de rigueur pour tous les procès s'intentant par la *legis actio sacramenti*, et rien ne prouve qu'il n'en fut pas de même pour les procès qu'après les lois Silia et Calpurnia, on intenta par la *legis actio per condictionem* dont la procédure se trouve également divisée en deux parties par un délai de trente jours.

Telles sont les applications que l'engagement des *vades* et des *subvades* reçut selon nous au temps des *legis actiones* en matière civile. Mais les sources nous apprennent que l'institution des *vades* fut de bonne heure transportée sur le terrain du droit criminel (2). S'il faut ajouter

(1) Cf. Bethmann-Hollweg, *der röm. Civilprozess*, I, p. 111 ; Kuntze, *Cursus des röm. Rechts*, 1869, I, § 139.

(2) En Grèce les accusés pouvaient être contraints à garantir par des cautions (ἐξεγγύη) leur comparution devant le tribunal répressif. Si l'accusé ne comparaissait pas devant le tribunal, ses cautions pouvaient, au témoignage d'Andocide (*de Myster.*, § 44), être condamnées aux mêmes peines qui auraient pu être prononcées contre l'accusé s'il avait été présent. Aussi Xénophon (*Hist. Graec.*, I, 7, 39) nous dit que, pour assurer la comparution de l'accusé et l'empêcher de s'échapper, les cautions pouvaient le tenir en charte privée. Sur les cautions criminelles dans le droit grec consulter : Meier et Schömann, *der attische Prozess*, nouvelle éd. par Lipsius, Berlin, II, 1883-1887, p. 708 s. ; Beasley, *le Cautionnement dans l'ancien droit grec* (Bibl.

foi au témoignage de Tite Live (III, 13) les premiers *vades publici* auraient été fournis lors du procès de Kaeso Quinctius de l'an 293 de Rome (641 avant Jésus-Christ) et auraient servi de tempérament au droit qu'avaient les magistrats romains de garder un accusé en état de détention préventive (1). Voici dans quelles circonstances ils furent donnés : Le tribun de la plèbe, Virginius, avait porté une accusation capitale contre un jeune noble du nom de Kaeso et ordonné de le saisir et de le jeter dans les fers. Les autres tribuns auxquels on demanda d'intervenir répondirent qu'il ne pourrait être laissé en liberté provisoire que s'il fournissait des *vades* garantissant sa comparution devant l'assemblée du peuple. Une contestation s'étant élevée sur le point de savoir quel devait être le montant de l'engagement des *vades*, on en référa au sénat qui répondit que chaque *vas* serait obligé pour

des Hautes Etudes), Paris, 1902, p. 49 s. Pour les droits germanique et anglo-saxon, voir Kohler, *Shakespeare vor dem forum der Jurisprudenz*, 1883, p. 60, n. 1.

(1) C'est à tort que M. Voigt, *Vadimonium*, p. 336, soutient que le *vadimonium* criminel était une énormité, car il allait à l'encontre de ce principe que l'inculpé devait être laissé en liberté jusqu'à la constatation de son crime, que ce fût par jugement, par aveu ou par notoriété du fait. Le droit pour les magistrats romains de garder un accusé en état de détention préventive apparaît au contraire dans les sources comme absolument certain et l'introduction du *vadimonium* en matière criminelle, comme un droit du peuple arraché par lutte aux magistrats. Cf. Geib, *Geschichte der röm. Criminalprozesses*, Leipzig, 1842, p. 118 (avec de nombreuses citations de textes) ; Zumpt, *das Criminalrecht der röm. Republik*, I, 2, Berlin, 1865, p. 155 ; *der Criminalprozess der röm. Republik*, 1871, p. 165 ; Mommsen, *Droit public*, I, p. 177 ; *Strafrecht*, p. 326 (*Droit pénal*, I, p. 382) ; Hitzig, dans Pauly-Wissowa, V° *Carcer*, III, p. 1576.

trois mille as, laissant aux tribuns la faculté de fixer eux-mêmes le nombre des *vades*. Tite Live, dont le récit est en tout point conforme à celui de Denys (X, 8), nous apprend que le nombre en fut par eux porté à dix. Ces *vades publici* ont dû être constitués sur le modèle de ceux que l'on avait déjà l'habitude de fournir dans les procès civils. Ils devaient s'engager par les mêmes paroles solennelles et être poursuivis par la procédure énergique de la *manus injectio* (1). L'usage de fournir des *vades* dans les procès criminels se maintint pendant tout le temps des *legis actiones* et on peut le suivre dans les sources jusqu'en 602/152, époque où des *vades* furent pour la dernière fois donnés lors du procès célèbre des empoisonneuses (2). Mais si l'on aperçoit nettement dans les sources le moment précis où disparurent les *vades* criminels, il est beaucoup plus difficile de déterminer à travers les récits fabuleux de l'ancienne histoire de Rome

(1) Toutefois, comme ils sont fournis à l'État, on pourrait peut-être soutenir qu'ils étaient soumis aux mêmes modes d'exécution que les *praedes*. On peut même se demander pourquoi des *praedes* ne furent pas fournis en cette hypothèse.

(2) En 305 de Rome l'un des décemvirs, homme équitable, permit dans un procès de meurtre à l'accusé de fournir des *vades*, Cicéron, *de Re publ.*, 2, 36, 61 (Cf. Tite-Live, III, 33, 9). En 542, Postumius fut également autorisé à en fournir : Tite-Live, XXV, 4, 8, 10. Des *vades* furent aussi donnés dans les procès criminels qui suivirent la découverte, en l'an 568, de la conjuration des Bacchanales. Tite Live, XXXIX, 41,7. Le procès des empoisonneuses de l'an 602 clôt la liste des procès où nous voyons des *vades* fournis par des accusés citoyens romains. Tite-Live, *ep.* 48. Dans les procès criminels intentés contre des étrangers, l'usage d'en fournir se maintint : procès de Bomilcar de l'an 644 : Salluste, *Jugurtha*, 35, 9.

l'époque où ils firent leur apparition. Le récit de Kaeso Quinctius n'a aucune valeur historique et doit être bien plutôt considéré comme un paradigme destiné à célébrer la lutte du peuple contre l'arbitraire des magistrats (1). Le premier exemple à peu près certain de constitution de *vades* criminels nous est donné, croyons-nous, à propos du procès de Postumius qui se place au milieu du VI[e] siècle de Rome.

(1) Comp. Mommsen, *Strafrecht*, p. 328, n. 1 (*Dr. pénal*, I, p. 384, n. 1). Voir aussi sur le procès de Kaeso Quinctius, Mommsen, *röm. Forschungen*, II, 1879, p. 148.

DEUXIÈME PARTIE

LE VADIMONIUM SOUS LA PROCÉDURE FORMULAIRE

CHAPITRE PREMIER

CARACTÈRES GÉNÉRAUX DU VADIMONIUM SOUS LA PROCÉDURE FORMULAIRE. — SA RÉGLEMENTATION DANS L'ÉDIT. — LES INTERPOLATIONS DU DIGESTE. — TERMINOLOGIE. — DIVISION.

L'institution des *vades* et des *subvades* disparut avec la loi Æbutia (1) et les lois Juliae, mais les besoins pratiques qui l'avaient fait naître ne cessèrent pas de se faire sentir. Après comme avant l'introduction de la procédure formulaire, il fallut assurer la recomparution du défendeur *in jure*, quand les débats ne pouvaient être terminés le jour même. Ce qui changea, ce fut le moyen dont on se servit pour atteindre ce but. A la place des

(1) La loi Aebutia se trouve localisée maintenant entre les années 605 et 628, depuis la démonstration de M. Girard, *Z. S. St.*, 1893, p. 11 s. = *N. R. H.*, 1897, p. 249 s. Cf. *Manuel*[4], p. 993, n. 2.

vades qui s'obligeaient au lieu et place du défendeur, ce fut le défendeur lui-même qui devint, sinon le seul, du moins le principal obligé (1). Sa personnalité effaça celle des anciens *vades* qui ne jouèrent plus vis-à-vis de lui qu'un rôle accessoire. Les *vades* devinrent de simples cautions, dans le sens que nous donnons à ce mot dans notre terminologie moderne, n'intervinrent plus que pour garantir l'engagement pris par le défendeur lui-même de comparaître dans tel délai devant le magistrat. Et cet engagement même, contracté dans les formes de la stipulation, ne se serait distingué en rien des autres promesses réalisées par le même procédé incolore, si le préteur n'avait pas jugé bon de le faire rentrer dans le cadre des stipulations prétoriennes (2). Le *vadimonium* se res-

(1) Faut-il rattacher cette transformation à l'évolution générale des obligations et dire que, de même que le *manceps* put se constituer son propre *praes*, de même le défendeur finit par pouvoir se porter son propre *vas* ? Il est difficile, sinon impossible, de répondre à la question ainsi posée, car nous ne possédons pas pour l'évolution du *vadimonium* les chaînons intermédiaires, tandis que pour celle du *praes* les sources nous ont rapporté les divers états de transition. Nous savons seulement par Aulu-Gelle, *Noct. att.*, 16, 10, 8, que les *vades* et les *subvades* disparurent avec la loi Aebutia. C'est donc de cette loi que date le nouveau régime du *vadimonium* qui paraît bien avoir été créé de toutes pièces par le préteur et n'être pas le résultat d'une lente évolution. Le premier exemple d'un *vadimonium* du droit honoraire nous est donné par la loi agraire de 643, ligne 34 (Girard, *Textes*[3], p. 53), à propos des procès relatifs à l'*ager publicus* : *Quod vadimonium ejus rei [causa promissum erit, magistratus adpellati quo minus ejus rei] causa decernant, ejus h(ace) l(ege) n(ihilum) r (ogato)*. Les exemples abondent ensuite dans les œuvres de Cicéron (648-711). Cf. l'exemple mutilé du temps de Néron, *C. I. L.*, IV, suppl. 1, XXXIII, p. 324.

(2) Ulpien range les *vadimonia* (D. = *stipulationes quae fiant judi-*

sentit en effet des nouveaux pouvoirs que la loi Æbutia venait de conférer au préteur. C'est en vertu de la faculté qui lui fut alors reconnue d'organiser l'instance et d'en assurer la marche régulière, que celui-ci fut naturellement amené à s'occuper du *vadimonium*, à l'imposer au défendeur et à le réglementer dans son édit.

Le *vadimonium* occupait dans l'édit une place importante (1). Il en était traité à quatre endroits différents. L'édit parlait en premier lieu du *vadimonium* dans le titre I, *ad legem municipalem*. Il ne s'agit pas là du *vadimonium* général, mais du *vadimonium* dans une de ses applications spéciales, de celui que les magistrats municipaux, qui se reconnaissaient incompétents, faisaient promettre au défendeur en vue d'assurer sa comparution ultérieure devant le préteur de Rome (*vadimonium Romam faciendum*) (2). Quant au *vadimonium* prétorien gé-

cio sistendi causa) parmi les stipulations prétoriennes *communes* (46, 5, 1 pr.), c'est-à-dire parmi les stipulations prétoriennes tenant à la fois du caractère des *stipulationes judiciales* (= *quae propter judicium interponuntur*) et du caractère des *stipulationes cautionales* (= *quae instar actionis habent, et, ut sit nova actio, intercedunt*) Les *vadimonia* en effet interviennent à l'occasion d'un procès et c'est en cela qu'ils ressemblent aux *stipulationes judiciales*, mais ils ne tendent qu'à rendre possible l'engagement de l'instance et non point à en garantir les résultats, et par là ils se rapprochent des *stipulationes cautionales*.

(1) Nous nous appuyons purement et simplement sur la restitution de Lenel : *Essai de reconstitution de l'édit perpétuel*, trad. française par F. Peltier, 2 vol., Paris, 1901-1903 (= *l'Edit*) ; *das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 2e éd. Leipzig, 1907 (= *Ed. perp.* [2]).

(2) Lenel, *l'Edit*, I, p. 62 ; *Ed. perp.* [2], p. 55. — Comp. Girard, *N. R. H.*, 1904, p. 142 s.

néral, le siège de la matière se trouvait au titre VII (*de vadimoniis*), entre le titre *de postulando* (VI) et le titre *de cognitoribus et procuratoribus et defensoribus* (VIII). En cet endroit, l'édit réglementait en détails le montant de la somme que le défendeur devait payer en cas de non-comparution au jour fixé, ainsi que les différentes formes que le *vadimonium* pouvait revêtir (*vadimonium purum, cum satisdatione, jurejurando, recuperatoribus suppositis*). Il déterminait aussi les conditions d'exercice de l'action *in factum* créée contre celui qui aurait empêché par dol le défendeur de recomparaître *in jure* (1). L'édit s'occupait encore du *vadimonium* aux titres XLIV (*de exceptionibus*) (2) et XLV (*de stipulationibus praetoriis*) (3), qui ont, comme on le sait, le caractère de formulaires ajoutés à l'édit à titre d'appendices.

Le mot *Vadimonium* ne se rencontre nulle part dans le Digeste. Dans tous les textes des jurisconsultes qui y étaient relatifs, ce mot a été effacé par les compilateurs et remplacé par une périphrase vague : *cum quis in judicio sisti promiserit* (2, 5, 3), = cum quis vadimonium promiserit. C'est en vérifiant le numérotage des livres des différents commentaires sur l'édit, dont des extraits nombreux ont été incorporés au Digeste, que M. Lenel parvint à grouper tous les textes du Digeste se rapportant au *vadimonium* et à les distinguer des textes relatifs

(1) Lenel, *l'Edit*, I, p. 90 ; *Ed. perp.* [2], p. 80.
(2) Lenel, *l'Edit*, II, p. 248 ; *Ed. perp.* [2], p. 481.
(3) Lenel, *l'Edit*, II, p. 265 ; *Ed. perp.* [2], p. 495.

au *vindex* de l'*in jus vocatio*, que pendant longtemps on attribua à tort au *vadimonium* (1). Il isola ainsi deux massifs bien distincts de textes ; d'une part, ceux relatifs au *vindex* qui se rapportaient au titre V de l'édit : *de in jus vocando* et, de l'autre, ceux relatifs au *vadimonium* et servant de commentaire au titre VII : *de vadimoniis*. En dehors de la discordance des inscriptions (2), M. Lenel fonda sa distinction sur des arguments de fond des plus solides : tandis que le défendeur qui a promis le *vadimonium*, et le *sponsor* qui a garanti sa promesse de recomparution étaient poursuivis par l'action née de la stipulation (*actio ex stipulatu* ou *condictio certae pecuniae* suivant les cas), le *vindex*, qui, dans les textes du Digeste, est désigné par le terme vague de *fidejussor judicio sistendi causa*, est au contraire poursuivi par une action prétorienne *in factum* au *quanti ea res erit* (Ulpien, 5 *ad ed.*, 2, 8, 2, § 5). D'autre part, tandis que la caution du *vadimonium* est tenue à *reum certo die sisti*, le *fidejussor judicio sistendi causa*, sous lequel se cache le *vindex* de l'*injus vocatio*, répond seulement de la comparution du défendeur dans l'avenir, et ne peut être

(1) Cette confusion a été la cause de graves erreurs qui remplissent presque toutes les monographies relatives au *vadimonium* antérieures aux travaux de Lenel et qui les rendent à peu près inutilisables. Nous aurons maintes fois à les signaler au cours de nos développements.

(2) Tandis que la matière du *vindex* était traitée par Ulpien dans le livre 5 de son commentaire sur l'Edit, par Paul dans le livre 4 et par Gaius dans le livre 1, la matière du *vadimonium* était commentée par Ulpien dans le livre 7, par Paul dans les livres 6 et 7, par Gaius dans le livre 2.

poursuivi que si un décret du préteur est intervenu pour lui commander d'amener le *reus* en personne à un jour fixé par ce décret et que si cet ordre n'a point été exécuté (1).

Quant à la terminologie que le Digeste ne nous fournit pas, nous la trouvons dans les textes littéraires qui nous sont d'un grand secours pour reconstituer la physionomie générale du *vadimonium* sous la procédure formulaire.

A notre époque, le mot *Vadimonium* désigne, dans son sens le plus technique, la promesse faite par le défendeur de comparaître à un jour dit devant le préteur (2),

(1) Nous citons les propres termes de Lenel : *l'Edit*, I, p. 76 ; *Ed. perp.*[2], p. 66. Un autre argument très fort est fourni à Lenel par le rapprochement de Gaius, IV, 46 (*ceterae quoque formulae quae sub titulo de in jus vocando propositae sunt in factum conceptae sunt velut adversus eum qui in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit*) et la rubrique du Digeste, 2,6 (*in jus vocati ut eant aut satis vel cautum dent*) où les mots *aut satis vel cautum dent* apparaissent manifestement comme ayant été interpolés à la place de *aut vindicem dent*. — Si tous les auteurs sont d'accord aujourd'hui pour reconnaître avec Lenel qu'un certain nombre de textes relatifs au *vindex* de l'*in jus vocatio* ne doit pas être attribué au *vadimonium*, ils sont loin de s'entendre sur le rôle que joua le *vindex* sous la procédure formulaire. D'après M. Lenel, le *vindex* de l'*in jus vocatio* puiserait dans la loi elle-même et non dans un engagement envers le demandeur le fait générateur de sa responsabilité (*Z.S.St.*, 1904, p. 232, ss. ; *Ed. perp.*[2], p. 65 s.). M. Schlossmann soutient au contraire (Z. de Grünhut, 1905, p. 193 s.) que le *vindex* ne fut qu'un simple *sponsor* s'engageant par stipulation envers le demandeur, mais dont l'engagement aurait été sanctionné par le préteur, sous le coup de nécessités pratiques, par une action *in factum* au lieu de l'être par l'action *ex stipulatu*.

(2) Ce sens technique nous est révélé par Gaius, IV, 184 : *cum autem in jus vocatus fuerit adversarius, neque eo die finiri potuerit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti*.

mais on le rencontre aussi chez les auteurs littéraires avec le sens de « comparution » (1).

Le fait pour le défendeur de s'engager à comparaître est traduit par les expressions de : *vadimonium promittere* (2) et de *vadimonium facere* (3) ; celui d'exécuter sa promesse en comparaissant au jour fixé devant le préteur, par les expressions variées de : *ad vadimonium venire* (4), *ad vadimonium currere* (5), *ad vadimonium occurrere* (6), *vadimonium sistere* (7), *vadimonium obire* (8) ; celui enfin pour le défendeur de ne pas exécuter sa promesse en ne

(1) C'est le sens que le mot *vadimonium* a par exemple dans l'expression *vadimonium promittere*.

(2) Cicéron, *pro Quinctio*, 5, 23 : *se jam neque vadari amplius neque vadimonium promittere*. Sénèque, *de benef.*, IV, 39, 4 : *vadimonium promittimus*. V. aussi Cicéron, *in Verrem*, II, 3, 15 ; II, 3, 20, 51 ; II, 3, 34 ; II, 3, 40 ; II, 5, 54.

(3) Juvénal, *Sat.*, III, 298 : *vadimonium deinde irati faciunt*. On trouve aussi l'expression : *vadimonium constituere* dans Cicéron, *de senectute*, 7 : *vadimonia constituta*.

(4) Cicéron, *pro Quinctio*, 5, 22 : *venit ad vadimonium Naevius* ; 15, 48 : *ad vadimonium non venerat*.

(5) Properce, IV, 2, 57 : *te qui ad vadimonia curris non moror*.

(6) Suétone, *Caligula*, 39 : *quod occurrere absentes ad vadimonium non possent*.

(7) Cicéron, *pro Quinctio*, 8, 30 : *venit Romam Quinctius, vadimonium sistit*. Aulu-Gelle, *Noct. att.*, 2, 14, défend avec raison l'expression *vadimonium sistere* contre celle de *vadimonium stare*.

(8) Cicéron, *pro Quinctio*, 17, 54 : *Vadimonium mihi non obiit* ; *pro Roscio com.*, 13, 38 : *quod vadimonia obisset*. Pline le Jeune, VIII, 12, 3 ; *an si litibus tererer obstrictum esse me crederem obeunti vadimonia mea* ? Paul Diacre, 147, 12 : *vadimonium obisse id est ad vadimonium isse*. Signalons aussi pour être complet l'expression : *ad vadimonium descendere* que l'on rencontre dans Sénèque, *Lettres*, VIII, 6 : *quum ad vadimonium advocatus descenderem*.

comparaissant pas au jour dit, par l'expression technique de *vadimonium deserere* (1).

L'action par le préteur d'ordonner au défendeur de promettre sa recomparution devant lui est rendue par l'expression de : *vadimonium fieri jubere* (2) ou de *vadimonium promitti jubere* (3) et le fait pour le préteur de reporter à une date ultérieure la comparution du défendeur par celle de *vadimonium differre* (4), expression qui est aussi employée dans les textes pour désigner l'action par le défendeur ou le demandeur de faire reporter à plus tard la comparution (5).

Quant au demandeur, nous trouvons ordinairement employé le verbe *vadari* dans son sens actif, pour traduire le fait par celui-ci d'exiger du défendeur la promesse de recomparution (6). Enfin le vieux mot *vas* désigne le *sponsor*, la caution, qui, sous la procédure formulaire,

(1) Cicéron, *pro Quinctio*, 14, 48 : *vadimonium sibi ait esse desertum*, 16, 51 : *multis vadimoniis desertis*. Voir aussi : Cicéron, *in Catil.*, II, 3, 5 ; Pline, *H. N. praef.*, 24.

(2) Valerius Probus, *frag. d'Einsiedl* : V. F. I. = *vadimonium fieri jubere* (Girard, *Textes* [3], p. 200).

(3) Aulu-Gelle, *Noct. att.*, 6 (7), 1, 8.

(4) Juvénal, *Sat.*, III, 213 : *differt vadimonia praetor*.

(5) Cicéron, *pro Quinctio*, 14, 46 : *cum... in vadimoniis differendis tempus omne consumpserit*. Sénèque, *Lettres*, LIV, 3 : *tam ridicule facio, quam ille, quisquis vicisse se putat, quum vadimonium distulit*. Apulée, *Metam.*, III, 12 : *prohinc vadimonium differamus*. Voir aussi Cicéron, *ad Atticum*, II, 7, 2 ; *ad famil.*, II, 8, 1 ; Martial, *Epigr.*, VIII, 67.

(6) Cicéron, *pro Quinctio*, 19, 61 : *vadari vis, promittit* ; *in Verrem*, II, 3, 15 : *quum ex Leontino usque Lilybaeum aliquem vadaretur*. Ovide, *Rem. am.*, 665 : *jamque vadaturus lectica prodeat inquit*. On trouve aussi l'expression *vadimonium imponere* dans Nepos, *Timoléon*, 5, 2.

garantit l'engagement pris par le défendeur lui-même de recomparaître *in jure* (1).

Après cette esquisse sommaire du *vadimonium* de la procédure formulaire et ce rapide aperçu des matériaux dont nous aurons à nous servir, nous pouvons maintenant donner le plan que nous entendons suivre : Nous commencerons par rechercher les différentes formes que pouvait revêtir le *vadimonium*, avant d'aborder l'étude des conditions de fond auxquelles il se trouvait soumis. Nous passerons ensuite à l'examen des effets qu'on a voulu lui attribuer et rejetterons ceux dont l'existence ne nous semblera pas suffisamment démontrée. Enfin nous tâcherons de déterminer sa sphère d'application aussi bien à Rome même que dans les autres parties de l'empire.

(1) Horace, *Serm.*, I, 1, 11 : *ille, datis vadibus...* — Le mot *vas* se trouve employé pour la dernière fois dans une constitution des empereurs Léon et Zénon de l'an 474 (Code de Just, 12, 25 [26], 4 § 3).

CHAPITRE II

CONDITIONS DE FORME ET DE FOND DU VADIMONIUM.

Lorsque, les deux parties ayant déjà comparu *in jure*, les débats ne pouvaient être terminés le jour même, Gaius nous apprend (IV,184) que le défendeur devait par *vadimonium* s'engager à recomparaître à une date ultérieure. Il semble bien que c'était le demandeur qui prenait l'initiative de demander le *vadimonium* (1), mais si le défendeur ne le fournissait pas de bonne grâce, nous

(1) En effet Gaius,IV,187, nous apprend que le demandeur ne pouvait imposer le *vadimonium*, sans y être autorisé par le préteur, aux personnes qu'on ne pouvait citer en justice sans son autorisation (Ulp., 5 *ad. Ed.*, D. 2, 4, 4 § 1). Ces personnes étaient les ascendants, les patrons et les descendants des patrons. La violation de la défense faite par le préteur de citer en justice les personnes précitées sans son autorisation était sanctionnée par une action *in factum* (*l'Edit*, I, p. 76 ; *Ed. perp.* [2], p. 69). En était-il de même pour le cas où le demandeur imposait à ces personnes le *vadimonium* sans l'autorisation du préteur ? Rudorff (*Z. R. G.*, IV, 1864, p. 65) est disposé à croire que l'interdiction signalée par Gaius est une simple conséquence de l'édit sur l'*in jus vocatio*, que par conséquent le prêteur délivrait également une action *in factum* dans notre hypothèse. On peut faire remarquer à l'encontre de cette opinion que les deux situations sont loin d'être identiques : en cas d'*in jus vocatio* le mal est déjà fait et il ne reste plus au préteur qu'à punir le fait accompli. En cas de *vadimonium* au contraire, il est au pouvoir du préteur de l'empêcher en refusant de faire promettre au défendeur le *vadimonium* que veut lui imposer à tort le demandeur.

croyons qu'il pouvait y être contraint par le préteur qui délivrait alors contre lui une action *in factum* symétrique à celle qu'il donnait contre celui qui ne fournissait pas de *vindex* (Gaius, IV,46) (1). A vrai dire, cette action *in factum*, que le préteur aurait donnée contre celui qui refusait le *vadimonium*, ne nous est attestée par aucun texte, mais son existence peut être déduite, ce nous semble, de la *lex Rubria de Gallia Cisalpina* qui, dans son chapitre 21 *in fine*, déclare maintenir l'action récupératoire donnée antérieurement, soit contre celui qui n'a pas fourni de *vindex*, soit contre celui qui n'a pas fourni de *vadimonium* de sa comparution à Rome. Bien qu'il s'agisse dans cette loi de la juridiction des magistrats municipaux, nous pensons qu'une action du même genre (2) avait dû être créée par le préteur pour vaincre la résis-

(1) En notre sens Lenel, *l'Edit*, I, p. 91, n. 1 ; *Ed. perp.* [2], p. 80, n. 7. Pour Voigt, *vadimonium*, p. 359, n. 175, on se serait référé à l'édit : *si quis jus dicenti non obtemperaverit*. Mais comme l'a démontré M. Lenel, *l'Edit*, I, p. 57 ; *Ed. perp.* [2], p. 51, le *judicium* au *quanti ea res erit* dont parle cet édit n'était donné que contre celui qui n'obéissait pas au magistrat municipal *jus dicens*. *Contrà* : Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, p. 593, n. 1, qui soutient encore l'ancienne opinion d'après laquelle cet édit aurait aussi servi à protéger la juridiction du préteur.

(2) Le point douteux est celui de savoir si l'action donnée par le préteur contre celui qui refusait le *vadimonium* était renvoyée à un jury de récupérateurs comme celle dont parle la loi Rubria. M. Lenel (*l'Edit*, I, p. 77 ; *Ed. perp.* [2], p. 69) tire argument de la loi Rubria pour soutenir que l'action donnée par le préteur contre celui qui refusait de fournir un *vindex* (Gaius, IV, 46) était soumise aux récupérateurs. Mais l'argument d'analogie est ici des plus fragiles, car rien ne prouve que le préteur à Rome renvoyait la même action aux récupérateurs.

tance du défendeur qui refusait le *vadimonium*, car son utilité n'était pas moins grande à Rome qu'en Italie. Si le défendeur, soit de bonne grâce, soit par contrainte, acceptait de promettre le *vadimonium*, il était aussitôt procédé à la confection de ce *vadimonium* qui, ainsi que nous l'apprend Gaius, était soumis à certaines conditions de forme et de fond.

SECTION I. — **Conditions de forme** (1).

Gaius, IV, 185, nous énumère les différentes formes que le *vadimonium* était susceptible de revêtir :

> « Fiunt autem vadimonia quibusdam ex causis pura, id est sine satisdatione, quibusdam cum satisdatione, quibusdam jurejurando, quibusdam recuperatoribus suppositis, id est ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam vadimonii condemnetur ; ea-

(1) Comme on s'en apercevra au cours de cette section, nous n'envisageons pas ici les formes purement matérielles du *vadimonium*. Il est vraisemblable que le préteur s'occupait dans le titre *de vadimoniis* de la rédaction du *vadimonium* (Lenel, *l'Edit*, I, p. 92 ; *Ed. perp.*[2], p. 81, intitule cette clause *de vadimonio concipiendo*) et donnait un modèle de formule dans le titre *de stipulationibus praetoriis*. Nous ne savons pas grand'chose sur la manière dont étaient rédigés les *vadimonia*. Cicéron, *ad Quint. fr.*, II, 15, 3 : *negat* (*C. Trebatius Testa*) *in tanta multitudine eorum, qui una essent, quemquam fuisse, qui vadimonium concipere possit*, exagère par plaisanterie les difficultés. On ne doit pas toutefois supposer qu'ils aient eu une rédaction très courte : Ovide, *Am.*, I, 12, 23 : *vadimonia garrula*. Cf. Lenel, *l'Edit*, II, p. 265 ; *Ed. perp.*[2], p. 495.

que singula diligenter prætoris edicto significantur (1). »

Nous allons les passer successivement en revue, en nous demandant pour chacune d'elles en quoi elle consistait exactement et dans quels cas elle intervenait.

1° VADIMONIUM PURUM. — Le *vadimonium* est dit *purum* quand il consiste en une promesse pure et simple du défendeur, en une *nuda repromissio* se réalisant dans la forme de la stipulation.

Les sources ne nous révèlent qu'un cas certain où le *vadimonium* était *purum*. C'est celui du *jus domum revocandi*, quand le défendeur dénie la compétence du préteur de Rome en invoquant son droit d'être poursuivi devant le magistrat local. Si le préteur reconnaissait le bien fondé de cette exception d'incompétence, il obligeait alors le défendeur à s'engager par *vadimonium* à comparaître dans tel délai devant le magistrat de son pays d'origine. Ulpien nous apprend qu'une controverse s'était élevée sur le point de savoir si dans ce cas le *vadimonium* devait être *purum* ou *cum satisdatione*. Marcellus restait dans le doute, mais Mela, dont Ulpien adopte l'opinion, s'était prononcé en faveur du *vadimonium purum*. Il est possible en effet que le défendeur ne connaisse personne à Rome, il lui serait alors difficile de trouver des cautions

(1) A comparer avec la rubrique du Digeste, 2, 8 : *qui satisdare, cogantur vel jurato promittant vel suae promissioni committantur*. Cf. Lenel, *l'Edit*, I, p. 91 ; *Ed. perp.*[2], p. 81.

et l'exercice du *jus domum revocandi* serait dans bien des cas rendu impossible (1).

Mais ce cas certain de *vadimonium purum* résultait d'une solution de la doctrine. Il faut renoncer, en l'état actuel des sources, à déterminer les cas que l'édit visait spécialement (2).

2° Vadimonium cum satisdatione. — C'était celui où la promesse du défendeur était garantie par des débiteurs accessoires, des *sponsores* (3), qui, à la différence des anciens *vades*, ne s'obligeaient pas au lieu et place du défendeur, mais étaient tenus simplement à côté de lui.

(1) Ulpien, 3 *ad ed.*, D. 5, 1, 2, § 6. *Palingénésie*, 213. *Sed si dubitetur, utrum in ea quis causa sit, ut domum revocare possit necne, ipse praetor debet causa cognita statuere. Quod si constiterit in ea eum esse causa, ut domum revocet, debebit cavere in judicio sisti* [Lenel = vadimonium facere], *statuente praetore in quem diem promittat. Sed utrum nuda cautione an satisdato, Marcellus dubitat : mihi videtur sola promissione, quod et Mela scribit : alioquin compelletur judicium accipere quam invenire eos qui satis pro eo dent.*

(2) Nous écartons, comme trop incertain, un cas dans lequel le *vadimonium* aurait été *purum*. C'est celui où le défendeur serait un *possessor immobilium*. On invoque en ce sens un texte général de Macer : 2, 8, 15 : *Sciendum est possessores immobilium rerum satisdare non compelli*. Mais l'origine du texte (livre 1 *de appellationibus*) ne légitime pas à notre avis son extension au *vadimonium*.

(3) Ils sont désignés dans le Digeste sous le nom de *fidejussores* (D. 2, 10, 3, 4 ; 2, 11, 4, 5 ; 2, 11, 6 ; 2, 11, 10, 2). M. Lenel remplace avec raison dans sa *Palingénésie* le mot *fidejussor* par le mot *sponsor*. Cf. sur cette interpolation certaine : Lenel, *Paling. praef.*, p. III (avec pourtant cette restriction, contestée par M. Girard, *Mélanges Fadda*, II, 1906, p. 58, que, dans certains textes qui parlent de stipulations prétoriennes, la mention des *sponsores* ne doit pas être substituée à celle des fidejusseurs Lenel, *Pal. praef*, p. III, n. 4). Geib, *zur Dogmatik der röm. Bürgschaft*, 1897, p. 62 ; Lévy, *Sponsio, fidepromissio, fidejussio*, 1907, p. 27. Sur le *sponsor* du *vadimonium*, voir Schlossmann, Z. de Grünhut, 1905, p. 195, n. 1.

Nous ne connaissons qu'un seul cas certain de *vadimonium cum satisdatione* : c'est celui où une personne représente un défendeur dans un procès en qualité de *cognitor* ou de *procurator*. De même qu'elle ne pouvait défendre au procès qu'en fournissant la *cautio judicatum solvi* (1), de même elle ne pouvait fournir le *vadimonium* que *cum satisdatione*. Cette dernière solution résulte d'un texte de Paul, où le jurisconsulte déclare expressément : *Nemo alienae rei expromissor idoneus videtur, nisi si cum satisdatione* (50, 17, 110, § 1). La place que ce texte occupait dans le commentaire de Paul sur l'édit (VI *ad edictum*), prouve qu'il se rapportait à la matière des *vadimonia* (2).

3° VADIMONIUM JUREJURANDO. — Nous pensons qu'il s'agit là d'un *vadimonium* où la promesse du défendeur se trouvait renforcée par un serment, et non, comme on l'a parfois soutenu (3), d'un *vadimonium* où la stipulation du défendeur aurait été remplacée par un serment que le préteur aurait sanctionné par une *actio ex stipulatu* fictice. Cette manière de concevoir le *vadimonium jurejurando* est certainement fausse, car elle est en contradiction avec Gaius, IV, 96, qui déclare que le *jusjurandum liberti* était le seul serment promissoire que connaissait le droit romain. *Haec sola causa est, ex qua jurejurando*

(1) Gaius, IV, 101. Cf. Girard, *Manuel* [4], p. 1021.

(2) Cf. Lenel, *Paling.* Paul, fr. 148, n. 9 ; *l'Edit*, I, p. 92, n. 2 ; *Ed. perp.* [2], p. 81, n. 3.

(3) Voigt, *Vadimonium*, p. 358, n. 174 ; Ziebarth, *de jurejurando in jure graeco quaestiones*, Göttingen, Inaugural diss., 1895, p. 48.

contrahitur obligatio, sane ex alia nulla causa jurejurando homines obligantur, utique cum quaeritur de jure Romanorum. D'autre part, on ne comprend pas l'utilité qu'un tel serment pouvait avoir, puisqu'il arrivait en somme à produire les mêmes résultats qu'une simple *repromissio.*

A notre avis, le serment s'ajoutait à la stipulation, comme une garantie supplémentaire qui trouvait sa sanction, non seulement sur le terrain de la morale pure, mais encore sur le terrain du droit criminel (1).

Nous ne savons pas dans quels cas intervenait le *vadimonium jurejurando* (2). M. Wenger conjecture qu'il devait trouver son application dans l'hypothèse du *jus*

(1) En ce sens : Wenger, *Rechtshistorische Papyrusstudien*, 1902, p. 78 ; Lenel, *Ed. perp.*², p. 81, n. 4. M. Wenger s'est spécialement occupé du *vadimonium jurejurando* à propos d'un papyrus égyptien (Oxyrynchos, II, n° 260), dans lequel on voit deux plaideurs se promettre réciproquement par un serment à l'empereur de comparaître dans tel délai devant un tribunal déterminé. C'est l'examen de ce papyrus qui lui suggéra l'idée que le *vadimonium jurejurando* prétorien pouvait être sanctionné sur le terrain du droit criminel, par exemple si le serment était prêté sur la tête de l'empereur. La violation d'un tel serment pouvait être considérée comme un crime de lèse-majesté. Cf. Mommsen, *Strafrecht*, p. 586 (*Droit pénal*, II, p. 292).

(2) Les deux seuls textes au Digeste qui se réfèrent au *vadimonium jurejurando* ne nous renseignent pas sur son application. Le premier (Paul, 6 *ad ed.*, 2, 8, 16 ; *Pal.* 150 : *qui jurato promisit judicio sisti* [Lenel = vadimonium] *non videtur pejerasse, si ex concessa causa hoc deseruerit*), nous apprend qu'on n'est pas parjure si on a obtenu après coup du magistrat la remise du *vadimonium,* et le second (Paul, 6 *ad ed.*, 12, 2, 15, *Pal.*, 151 : *ad personas egregias eosque qui valetudine impediuntur domum mitti oportet ad jurandum*), que le magistrat se transportait au domicile des personnes considérables,ou de ceux que retenait la maladie, pour leur faire prêter le serment.

domum revocandi, où, comme nous l'avons vu, *le vadimonium cum satisdatione* était expressément exclu, et où le *vadimonium recuperatoribus suppositis* ne pouvait pas davantage être employé pour la raison bien simple que les récupérateurs appelés à statuer en cas de *vadimonium desertum* n'auraient pu être nommés que par le magistrat local devant lequel l'affaire était renvoyée. Or nous savons que les récupérateurs étaient nommés le jour de la première comparution (1). Mais de ce qu'en cas de *jus domum revocandi* le *vadimonium cum satisdatione* et le *vadimonium recuperatoribus suppositis* étaient tous les deux inapplicables, faut-il forcément en conclure que dans cette hypothèse le *vadimonium* avait lieu *jurejurando* ? Nous croyons plus prudent de rester dans le doute (2).

4° VADIMONIUM RECUPERATORIBUS SUPPOSITIS. — C'est sans contredit le plus original des quatre. Gaius nous apprend que, dans certains cas, des récupérateurs étaient nommés le jour même où le défendeur promettait le *vadimonium*, pour, s'il ne comparaissait pas au jour fixé, le condamner immédiatement à la *summa vadimonii*.

(1) Wenger, *loc. cit.*, p. 73-74, qui conclut également à l'inapplicabilité du *vadimonium recuperatoribus suppositis* dans l'hypothèse du *vadimonium Romam faciendum*.

(2) Il est impossible de s'appuyer, comme le fait M. Wenger, sur les papyrus égyptiens pour tenter d'élucider certains points restés obscurs de la réglementation des *vadimonia* romains, pour cette raison décisive que la procédure en vigueur en Egypte était la procédure extraordinaire. En ce sens Lenel, *l'Edit*, II, p. 266, n. 3, *Ed. perp.*², p. 495, n. 10.

Cette adjonction de récupérateurs au *vadimonium* promis par le défendeur (1) accélérait donc la marche de la produre, en ce sens qu'en cas de *vadimonium desertum* le demandeur n'avait pas à amener le défendeur *in jus* pour intenter contre lui l'action née de la stipulation. Le préteur évitait au demandeur cette perte de temps en délivrant d'avance la formule et en nommant en même temps les récupérateurs qui seraient appelés à statuer. La *litis contestatio* avait donc lieu le jour même où le *vadimonium* était promis, de telle sorte que la procédure *in judicio* pouvait être aussitôt engagée, sans qu'il fût besoin du concours du défendeur (2).

Dans quelles hypothèses le *vadimonium* avait-il lieu *recuperatoribus suppositis*? Un seul cas nous paraît pro-

(1) Nous estimons que la nomination des récupérateurs ne remplaçait pas la stipulation du défendeur, comme le soutiennent Keller, *Civilprocess*, n. 542 et Rudorff sous Puchta, *Institutionem*, § 160, note n. D'après ces deux auteurs le préteur aurait délivré sur-le-champ une *actio poenalis in factum* prescrivant aux récupérateurs de condamner le défendeur en cas de non comparution à une amende dont il aurait lui-même fixé le montant. Ce système est inconciliable avec la manière dont s'exprime Gaius qui dit expressément que les récupérateurs condamnaient le défendeur à la *summa vadimonii*, ce qui ne peut s'entendre que de la somme promise par le défendeur lui-même. D'autre part il fausse le sens du verbe *supponere* qui exprime l'idée d'une adjonction. — Cf. en notre sens: Voigt, *vadimonium*, p. 357, n. 166; Wenger, *loc. cit.*, p. 67.

(2) M. Wenger voit là avec raison un des cas les plus typiques d'*eremodicium* (*loc. cit.*, p. 68, n. 1). En effet on appliquait purement et simplement les principes du défaut *in judicio* si le défendeur, qui n'avait pas recomparu devant le préteur, ne comparaissait pas non plus devant les récupérateurs. Ces derniers, conformément à la règle des XII tables, donnaient alors raison au demandeur.

bable : c'est celui du *vadimonium* qui intervenait dans la procédure de l'*actio injuriarum aestimatoria*, quand l'injure était atroce.

Le premier édit rendu par le préteur en matière d'injures (*Edictum generale*) (1), qui visait seulement les violences matérielles déjà punies par la loi des XII tables (2), contenait la clause suivante qui nous a été rapportée en partie par Ulpien, 57 *ad edictum*, 47, 10, 7 pr., et d'une façon plus complète par Paul : *Collatio legum romanarum et mosaicarum*, II, 6, 1.

> « Qui autem injuriarum agit certum dicat quid injuriae factum sit, et taxationem ponat non minorem (3) [majorem] quam quanti vadimonium fuerit. »

A cet édit s'ajoutèrent successivement trois autres édits qui punirent d'autres faits ne rentrant pas dans la notion

(1) Cet édit introductif de l'action d'injures estimatoire se localise entre l'introduction de la procédure formulaire et la loi Cornelia *de injuriis* de l'an 673. — Cf. Girard, *Les jurés de l'action d'injures. Mélanges Gérardin*, 1907, p. 269.

(2) La loi des XII tables, 8, 1-4 (Girard, *Textes* [3], p. 17-18) visait la rupture d'un membre (*membrum ruptum*), la fracture d'un os (*os fractum*), l'*occentatio* (sortilège d'après M. Huvelin, *Mélanges Appleton*, 1903, p. 386 s. ; charivari illicite, d'après M. Usener, *Rheinisches Museum*, 1901, p. 1 s.), le *carmen famosum* (non pas écrit diffamatoire mais sortilège), enfin les violences légères.

(3) Le manuscrit porte *minorem*. Mais certains auteurs, parmi lesquels Huschke, *Gaius*, 1855, p. 137, pensent qu'il faut remplacer *minorem* par *majorem*. Karlowa, *röm. Rechtsgeschichte*, 2, p. 133, Mommsen, *Strafrecht*, p. 803 (*Dr. pénal*, III, p. 117) maintiennent au contraire *minorem*. Nous adoptons la lecture *majorem* qui cadre mieux avec le caractère que nous reconnaissons au *vadimonium* dont parle le texte. — Cf. Hitzig, *Injuria*, 1899, p. 64.

étroite d'injure de la loi des XII tables, édit *de convicio* frappant l'outrage par paroles, commis en bande ou en public, édit *de adtemptata pudicitia* punissant les obsessions inconvenantes envers une femme ou un jeune homme, édit *ne quid infamandi causa fiat* punissant tout outrage ne rentrant pas dans les trois édits précédents.

Enfin, à la suite d'une longue évolution qui paraît s'être terminée sous Labéon (1), on élargit la notion d'injure (2) pour y faire rentrer toutes les hypothèses prévues dans les quatre édits successifs et l'on réunit dans l'album du préteur ces quatre édits sous la rubrique commune : *de injuriis* (3). Mais auparavant une loi Cornelia *de injuriis* de 673 était venue distraire de ce domaine certains faits graves (*pulsare, verberare, vi domum introire*) pour les soumettre à une poursuite publique (4).

(1) Labéon cité par Ulpien, 77 *ad Ed.*, D. 47, 10, 15, § 3, § 26.

(2) Cette évolution qui fit passer la notion d'injure de l'idée de voie de fait à l'idée d'outrage a été principalement étudiée par Pernice, *Labeo*, 2, 1, 2e éd., 1895, p. 19 s.

(3) Cf. Lenel, *l'Edit*, II, p. 131 ; *Ed. perp.* 2, p. 384.

(4) M. Girard qui, dans les *Mélanges Gérardin*, étudie spécialement l'action d'injures au point de vue des jurés qui étaient appelés à statuer sur elle, a incidemment démontré, p. 279, que l'effet de la loi Cornelia avait été de supprimer l'action d'injures estimatoire pour les injures corporelles et d'enlever toute importance au premier édit (*Edictum generale*) qui paraît n'avoir plus contenu que la clause sur la détermination et la *taxatio* de l'injure citée au texte. C'est seulement une constitution de Sévère ou de Caracalla qui punit, au témoignage d'Ulpien, 57 *ad ed.*, D. 47, 10, 7, 6 : *posse hodie de omni injuria, sed et de atroci civiliter agi imperator noster rescripsit* et de Marcien, 14 *institutionum*, D. 47, 10, 37, 1 (ce dernier interprété d'après Hitzig, p. 76) d'agir civilement à raison des injures atroces qui faisaient exclusivement l'objet d'une poursuite criminelle d'après la loi Cornélia.

Gaius qui ne connaît plus que la notion générale d'injure retrace ainsi, dans le paragraphe 224 de son Commentaire III, la procédure qui était suivie de son temps en matière d'injures.

> « Sed nunc alio jure utimur : permittitur enim nobis a praetore ipsis injuriam aestimatoriam et judex vel tanti condemnat quanti nos aestimaverimus, vel minoris, prout illi visum fuerit. Sed cum atrocem injuriam praetor aestimare soleat, si simul constituerit quantae pecuniae nomine fieri debeat vadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formulam, et judex, quamvis possit vel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem (1). »

Si l'on rapproche le texte de Gaius de celui de Paul, on s'aperçoit qu'une grande différence les sépare : tandis que celui de Paul ne fait aucune distinction et déclare que, dans tous les cas prévus par l'édit, la *taxatio* du demandeur ne doit pas être supérieure au *vadimonium*, celui de Gaius distingue au contraire entre les injures atroces et les injures légères : pour les premières, c'est le demandeur qui fait lui-même l'estimation ; pour les secondes, c'est le préteur qui a l'habitude d'en faire la

(1) A rapprocher d'Ulpien, *Collatio*, II, 2, 1 : *injuria, si quidem atrox, id est gravis, non est, sine judicis arbitrio aestimatur* (il faut lire : injuria, si quidem atrox, id est gravis non est, [non sine] judicis arbitrio aestimatur). *Atrocem autem aestimare solere praetorem, idque colligi ex facto utputa si verberatus vel vulneratus quis fuerit.*

taxatio en même temps qu'il détermine pour quelle somme le *vadimonium* devra se faire.

La discordance entre les deux textes s'explique, à notre sens, par le mode de formation successive du titre *de injuriis* : dans le premier édit du préteur (*edictum generale*) qui nous est rapporté par Paul, le *vadimonium* était pris en considération pour toutes les injures visées par cet édit. Plus tard, quand on étendit la notion d'injure aux infractions des autres édits, on n'appliqua la règle posée dans le premier édit qu'à celles de ces infractions présentant un caractère grave (1), vraisemblablement pour la raison que les injures punies par le premier édit présentaient presque toutes ce caractère (2). C'est ce qui explique pourquoi Gaius ne parle du *vadimonium* que pour les injures atroces.

Il y a donc tout lieu de penser que la procédure qui nous est indiquée par Paul d'une manière générale, et celle que Gaius expose pour les seules injures atroces, étaient en réalité une seule et même procédure dans la-

(1) Il est impossible de déterminer le moment où est apparue la distinction entre l'injure grave (*atrox*) et l'injure légère (*levis*). Il semble bien que la distinction ait subi elle aussi une évolution. Les premières injures graves paraissent avoir été des *injuriae atroces re* (en raison de la gravité intrinsèque de l'outrage : *vulnerare, verberare* : Ulpien, *Collatio*, II, 2, 1). Plus tard on prit en considération soit la personne de la victime (magistrats, sénateurs), soit le lieu où l'outrage avait été commis (théâtre).—Cf. Gaius, III, 225 et Paul, *Sent.*, V, 4, § 10. — A comparer avec Labéon cité par Ulpien, 57 *ad ed.*, D. 47, 10, 7, § 8. Voir Hefke, *Bedeutung und Anwendungen der Taxatio im röm. Recht*, 1879, p. 55, n. 82.

(2) En ce sens Hitzig, *loc. cit.*, p. 66.

quelle le *vadimonium* jouait un certain rôle que nous avons maintenant à définir.

Comme l'a très bien mis en lumière M. Hitzig (1), dont nous adoptons entièrement les conclusions, ce *vadimonium* apparaît avec un caractère tout spécial : celui d'être obligatoire et de constituer une des phases normale et indispensable de la procédure de l'action d'injures en cas d'*injuria atrox*. Car, d'une part, il résulte du texte de Paul, comme de celui de Gaius, qu'un rapport devait dans tous les cas exister entre le *vadimonium* et la *taxatio* de l'injure, et, d'autre part, un texte formel d'Ulpien nous montre que le procès ne pouvait se lier en cas d'injure atroce que par une estimation faite préalablement par le préteur (2).

C'est donc que le *vadimonium*, dont le montant représentait l'estimation de l'injure faite par le préteur (3), n'était pas accidentel, mais obligatoire, et, si on ne veut pas qu'il ait été un obstacle à la célérité que réclamait la procédure de l'action d'injures (4), on doit forcément

(1) *Injuria*, p. 64 s.

(2) Ulpien, 5 *ad ed.*, D. 2, 12, 2 : ... *oratione divus Marcus in senatu recitata effecit, de aliis speciebus praetorem adiri etiam diebus feriaticis... utputa... ut adspectu injuria atrox aestimetur.*

(3) Nous ne pensons pas en effet que le préteur était soumis, dans la fixation du montant du *vadimonium*, au double maximum auquel, en dehors de l'action *judicati* et de l'action *depensi*, était soumis le demandeur qui, sur la foi du serment, déterminait le montant que devait avoir le *vadimonium* (Gaius, IV, 185). En notre sens Hitzig, *loc. cit.*, p. 66. — *Contrà* : Huschke, *Gaius*, pp. 135-136 ; Karlowa, *röm. Rechtsgeschichte*, 2, p. 1333 ; Voigt, *Vadimonium*, p. 362.

(4) Ce désir d'accélérer la procédure de l'action d'injures estimatoire nous est révélé par ce fait que les procès relatifs aux injures

admettre avec M. Hitzig qu'il avait lieu *recuperatoribus suppositis.*

Grâce à ce *vadimonium* par lequel se terminait normalement la première comparution *in jure*, le demandeur pouvait avoir certains avantages ; en effet, si au jour fixé pour la seconde comparution *in jure*, le défendeur faisait défaut, le demandeur saisissait immédiatement les récupérateurs qui condamnaient le défendeur à la *summa vadimonii.* Et celle-ci étant égale à l'estimation que le préteur avait faite de l'injure lors de la première comparution, le demandeur recevait satisfaction beaucoup plus vite et d'une façon aussi complète que si le procès avait été renvoyé à un juge (1).

En dehors de ce cas presque certain de *vadimonium recuperatoribus suppositis*, nous en sommes réduits aux conjectures. M. Lenel pense que « cette procédure particulièrement rigoureuse trouvait principalement son application dans les actions délictuelles, qui constituaient elles-mêmes la plus grosse partie des *judicia recuperatoria* (2). » C'est à cela qu'il croit pouvoir rapporter cer-

punies par le premier édit (*Edictum generale*) étaient déférés à des récupérateurs (Aulu-Gelle citant Labéon, *noct. att.*, 20, 1, 13).

(1) Il est vrai que, si le défendeur comparaissait, la procédure subissait un retard. Le demandeur devait, en effet, solliciter du préteur la délivrance d'une formule qui contenait la *taxatio* de l'injure, laquelle, au dire de Paul, ne pouvait être supérieure au *vadimonium*, mais pouvait, selon nous, être moindre (Cf. Hitzig, *loc. cit.*, p. 67, n. 3), et qui ordinairement lui était égale, comme nous l'apprend Gaius. Enfin l'affaire était renvoyée à un juge, ou à des récupérateurs s'il s'agissait d'injures visées par l'*edictum generale.*

(2) L'*Edit*, I, p. 96 ; *Ed. perp.* ², p. 84.

taines explications qui se trouvent à la fin des commentaires sur le titre *de vadimoniis* ; par exemple, Paul, 7 *ad ed.*, D. 50, 16, 14 pr. et Ulpien, 7 *ad ed.*, D. 13 §§ 1-3 *h. t.* se demandent quand on peut dire : *rem furto abesse.* Paul, 7 *ad ed.*, D. 48, 6, 9, définit le mot *armatos*, ce qui fait immédiatement penser au *damnum vi hominibus armatis coactisve datum*, etc. M. Lenel pense pouvoir en conclure que faisaient partie des actions à l'occasion desquelles le *vadimonium* avait lieu *recuperatoribus suppositis*, « d'une part les actions délictuelles qui, d'après l'édit, sont jugées par des *recuperatores* et de plus l'action *furti*, non pas dans tous les cas, mais seulement dans le cas *si cui furto res abesse dicitur*, non pas par conséquent quand le volé est rentré en possession de la chose sans avoir subi de dommage et n'agit plus que *de lucro* (1) ».

Cette conjecture nous paraît des plus fragiles, car outre qu'elle réunit des hypothèses tout à fait différentes quant au fond, les actions délictuelles qui font naître des *judicia recuperatoria* et l'action de vol quand il y a eu perte de la chose, il n'est pas impossible que les expressions des commentaires de l'édit, sur lesquelles M. Lenel base toute sa conjecture, se soient rapportées à tout autre chose qu'au *vadimonium recuperatoribus suppositis*, et M. Lenel lui-même attire l'attention sur cette idée, que les actions évoquées par les mots *armatos*, *navis expugnata*,

(1) L'*Edit*, I, p. 96 ; *Ed. perp.* ², p. 85.

rem furto abesse,etc., « peuvent très bien avoir été privilégiées relativement au terme du *vadimonium* (1) ».Pour toutes ces raisons nous préférons avouer notre impuissance à résoudre le problème.

Quoi qu'il en soit, s'il nous a été presque toujours impossible de déterminer les hypothèses propres à chacune des différentes formes que pouvait revêtir le *vadimonium*, nous sommes cependant arrivé à ce résultat appréciable : qu'à la base de tout *vadimonium*, qu'il fût *purum*, *cum satisdatione*, *jurejurando* ou *recuperatoribus suppositis*, se trouvait une stipulation, une promesse du défendeur de comparaître dans tel délai devant le magistrat. C'est cette stipulation, dégagée de toutes les modalités qui peuvent masquer sa véritable physionomie, que nous allons maintenant étudier dans ses éléments essentiels.

SECTION II. — Conditions de fond.

En plus des conditions de fond communes à toute stipulation, comme celle de ne pouvoir être faite que par une personne capable (2), la stipulation, qui était à la base

(1) L'*Edit*, I, p. 97 ; *Ed perp.* [2], p. 85.

(2) C'est ainsi que l'esclave ne pouvait faire le *vadimonium*. Julien, 55 *Dig*. D. 2, 11, 13 : *Quotiens servus judicio sistendi causa* [Lenel, *Paling*. Julien fr. 723, n. 3 = vadimonium] *ut ipse litigaturus vel ab alio stipulatur vel ipse promittit : nec committitur stipulatio nec fidejussores* [Lenel = sponsores] *tenentur, quia servus conveniri vel convenire non potest*; Ulpien, 77 *ad ed.*, D. 2, 11, 9, pr. *Pal.*, 1694 : *si servus judicio se sisti* [Lenel = vadimonium] *promittat, non committitur stipulatio neque in eum neque in fidejussores* [Lenel = sponsores] *ejus*.

de tout *vadimonium*, comportait en théorie deux éléments essentiels qui lui étaient propres : c'était d'abord la promesse principale de comparaître à un jour déterminé devant le magistrat et, accessoirement, la promesse de payer, en cas de non comparution, une certaine somme d'argent.

α) Promesse principale de comparaître à un jour déterminé.

C'est cette promesse ainsi définie par Gaius « *se certo die sisti* (1) » qui formait l'objet principal du *vadimonium*. Le but du *vadimonium* n'était-il pas, en effet, d'assurer la comparution du défendeur ? Mais cette promesse ne devait pas être vague et imprécise ; la désignation du jour où devait avoir lieu la comparution était indispensable : son omission entraînait la nullité de la stipulation (2).

Au lieu de sa propre comparution, il était possible de promettre celle d'une autre personne. Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle où intervient un *sponsor*. Ici deux personnes s'obligent : le défendeur en première ligne et le *sponsor* accessoirement. Là au contraire une seule personne s'engage principalement envers le

(1) Gaius, IV, 184. Sur l'emploi curieux du verbe *sistere* au passif, qui fait songer au temps des actions de la loi où le *vas* promettait *reum certo die sisti*, voir de Ihering, *Geist des röm. Rechts* [4], 1884, III, Introd., p. 14.

(2) Papinien, 2 *Quaest.*, D. 45, 1, 115 : *ita stipulatus sum : te sisti in certo loco : si non steteris, quinquaginta aureos* (= quinquaginta H. S. *Pal.*, Papinien, fr. 79, n. 1) *dari spondes ? si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres, imperfecta erit stipulatio*. .

demandeur au lieu et place d'une autre, absolument comme, au temps des actions de la loi, le *vas* s'engageait à la place du défendeur. Les sources nous révèlent trois hypothèses pratiques dans lesquelles une personne était amenée à promettre le *vadimonium* à la place d'une autre :

1° Le cas où le *dominus litis* fournissait le *vadimonium* pour le *cognitor* et pour le *procurator praesentis*.

2° Celui où une personne promettait la comparution en justice d'une personne absente.

3° Enfin le cas où le maître d'un esclave, poursuivi *noxaliter*, promettait de produire l'esclave auteur du délit.

En premier lieu, lorsque le représentant était un *cognitor* ou un *procurator praesentis*, c'était le *dominus* lui-même qui constituait le *vadimonium* pour son représentant (1). On peut argumenter de Gaius, IV, 101... *sed si quidem cum cognitore agatur, dominus satisdare jubetur*; *si vero cum procuratore, ipse procurator*, qui vise à vrai dire la *satisdatio judicatum solvi*, mais qu'il n'y a aucune raison de ne pas étendre au *vadimonium* pour lequel des vestiges de la distinction entre le *procurator absentis* et le *procurator praesentis* nous sont par-

(1) En effet la présence du *dominus* fortifiait les pouvoirs du représentant. Le demandeur était certain que le *dominus* ne contesterait pas la procédure qui allait s'engager. Il savait que celui-ci resterait en rapport avec le *cognitor* ou le *procurator*, qu'il allait agir et peser sur lui. C'est comme si le demandeur avait devant lui son adversaire.

venus dans les extraits insérés au Digeste des commentaires de l'édit sur le titre *de vadimoniis* (1).

On pouvait aussi promettre par *vadimonium* la comparution en justice d'une personne absente. Ceci nous est attesté par le *pro Quinctio* de Cicéron (2), où nous voyons un certain Alfenus prendre fait et cause pour un absent, Quinctius, et, à la suite d'une intervention des tribuns, promettre par *vadimonium* la comparution de celui-ci à une date déterminée : « *Appellantur tribuni : a quibus quum esset certum auxilium petitum, ita tamen disceditur, ut idibus septembribus P. Quinctium sisti Sex. Alphenus promitteret* (3). »

Enfin un tel *vadimonium* fonctionnait en matière d'actions noxales (4). Un maître est cité en justice *noxali-*

(1) Paulus, 6 *ad ed.*, D. 3, 3, 6. *Pal.*, 149 : [*praesens habetur*], *et qui in foro et qui in urbe et in continentibus aedificiis.* Ulpien 7 *ad ed.*, D. 3, 3, 5, § 7, *Pal.*, 293 : *Praesens habetur et qui in hortis est et ideo procurator ejus praesentis esse videtur.* — Cf. Lenel, l'*Edit*, I, p. 92, n. 2 ; *Ed. perp.*², p. 81, n. 3.

(2) Cicéron, *pro Quinctio*, 7, *in fine*.

(3) Il s'agit là d'un *vadimonium* extrajudiciaire, c'est-à-dire d'un *vadimonium* qui servait à assurer pour la première fois la comparution d'un défendeur *in jure*.

(4) La question du *vadimonium* en cas d'actions noxales est très négligée par les auteurs. La plupart le passent sous silence ou se contentent d'en faire mention sans s'y arrêter. En dehors de Lenel, *l'Edit*, I, p. 93 ; *Ed. perp.*², p. 82 et de Rudorff, *Z. R. G.*, IV, 1864, p. 66, qui cherchent à reconstituer la clause de l'édit qui le visait, nous ne connaissons que Glück, *ausführliche Erläuterung der Pandecten*, 3 Theil, 1 Abth., 2e éd., Erlangen, 1806, p. 483, qui lui consacre quelques développements. Ce *vadimonium* présente cependant un caractère très original, car, l'esclave ne pouvant faire lui-même valablement un *vadimonium* (V. p. 62, n. 2) il se présente bien plus sous l'aspect d'une promesse d'exhibition que sous celui

ter en raison d'un délit commis par un de ses esclaves. Il comparaît, mais il est impossible pour une raison quelconque de faire *litis contestatio* le jour même. Le maître peut bien promettre par *vadimonium* au demandeur de recomparaître, mais cette promesse ne donnait pas toute garantie au demandeur à cause de la règle : *noxa caput sequitur*, d'après laquelle était seule tenue de l'action noxale la personne qui, au moment de la *litis contestatio*, exerçait la *potestas* sur l'esclave (1). Le demandeur courait donc le risque que, dans l'intervalle qui séparait les deux comparutions, le maître ne perde volontairement ou non la *potestas* sur l'esclave, ce qui l'aurait obligé à entreprendre des poursuites contre le nouveau maître de l'esclave. C'est pour garantir le demandeur contre ce danger que le préteur (2) força le maître à s'engager par *vadimonium* à produire l'esclave *in*

d'une promesse de comparution, et, par suite, il n'est peut-être pas très exact de dire que dans cette hypothèse le *vadimonium* était promis par une personne au lieu d'une autre. A notre avis, cette application du *vadimonium* en matière d'actions noxales eut lieu après coup, à une époque où la théorie du *vadimonium* prétorien était déjà entièrement formée : le préteur, sous le coup de nécessités pratiques, se servit du moyen commode que lui offrait le *vadimonium* pour protéger le demandeur, sans se rendre compte de la contradiction qu'il y avait à faire promettre le *vadimonium* pour une personne qui était en droit incapable de le promettre elle-même.

(1) Cf. Girard, *Manuel* [4], p. 677.

(2) La rubrique du Digeste sous laquelle se trouvent les principaux textes relatifs au *vadimonium* en cas d'actions noxales est ainsi intitulée : *Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur*. D. 2, 9. D'autre part, Ulpien, 7 *ad ed.*, D. 2, 9, 1, *Pal.*, 295, rapporte ainsi la teneur de l'édit : *in eadem causa eum exhibere, in qua tum est, donec judicium accipiatur*.

eadem causa, c'est-à-dire dans le même état que celui où il se trouvait au moment où le *vadimonium* était fait (1).

(1) Les jurisconsultes, dans les textes qui nous sont parvenus des commentaires sur la clause de l'édit : *si ex noxali causa*... recherchent principalement le sens qu'il faut donner aux mots *in eadem causa* et passent en revue les hypothèses les plus diverses. Ulpien au texte cité dans la note précédente, s'exprime ainsi : *in eadem causa quid sit videamus et justo verius eum videri in eadem causa sistere, qui ad experiendum non fecit jus actoris deterius*, et il cite Labéon déclarant que l'esclave doit être considéré comme n'ayant pas été exhibé *in eadem causa* s'il a cessé d'être en la possession de celui qui a promis sa comparution. Le même Ulpien, 47 *ad Sabinum*, 2, 11, 11, *Pal.*, 2934, reproduit le même critérium, mais il semble lui donner une portée beaucoup plus grande et l'appliquer à des cas autres que celui de l'action noxale : *si quis quendam in judicio sisti promisit..... nam et si novum aes alienum contraxerit vel pecuniam perdidisset, videtur tamen in eadem causa stetisse.* Nous ne sommes pas éloigné de penser qu'Ulpien dans ce texte pensait au *vadimonium* fourni par le *dominus* pour le *cognitor* ou le *procurator praesentis*. Ulpien, 47 *ad Sabinum*, D. 2, 9, 5, *Pal.*, 2934 se demande si l'esclave affranchi dans l'intervalle par son maître est *in eadem causa.* Il semble bien que oui puisque le demandeur pourra l'attaquer personnellement. Mais Ulpien fait une réserve pour le cas où le délit comportait comme sanction des supplices particuliers aux esclaves qui le commettaient. Dans ce cas, dit-il, l'esclave affranchi n'est pas exhibé *in eadem causa*, car on ne pourra plus, maintenant qu'il est libre, lui faire subir ces supplices, on ne pourra plus obtenir contre lui qu'une condamnation pécuniaire. Une controverse s'était également élevée pour le cas où,dans l'intervalle, l'esclave avait fait de la part de son maître l'objet d'un abandon noxal au profit d'une autre personne que le demandeur auquel avait été promis le *vadimonium*. Paul, 6 *ad ed.*, D. 2, 9, 2. *Pal.*, 153, qui rapporte la controverse, cite l'opinion d'Ofilius qui se refusait à croire que dans ce cas l'esclave était exhibé *in eadem causa* parce que, d'après lui, cet abandon noxal avait eu pour effet d'éteindre l'action noxale de tous les autres, et se range à l'opinion qui avait prévalu : *sed alio jure utimur. Nam ex praecedentibus causis non liberatur noxae deditus*, ce qui veut dire (Cf. le président Fabre, *Rationalia in primam et secundam partem pandectarum*, Genevae, 1631, t. I, p. 152, *in fine*) que l'abandon noxal ne pouvait éteindre les autres actions noxales que si la cause en raison

De cette façon le demandeur était aussi protégé que s'il y avait eu *litis contestatio* (1).

β) Promesse accessoire de payer en cas de non-comparution une certaine somme d'argent.

Cette promesse accessoire était une véritable *stipulatio pœnae* qui servait de stimulant à la réalisation de la promesse principale (2). Le montant de la somme que le défendeur s'engageait à payer, dans le cas où il ne comparaîtrait pas, variait, comme nous l'apprend Gaius, suivant les circonstances et se réglait tantôt d'après la nature de l'action, tantôt sur l'importance du litige.

La *summa vadimonii* s'élevait jusqu'à la valeur entière du litige dans les actions *judicati* et *depensi*. C'est ce que dit expressément Gaius, IV, 186 :

de laquelle cet abandon noxal avait lieu était antérieure à celle des autres actions.

(1) Après la *litis contestatio*, le demandeur n'avait plus rien à craindre. Car si le défendeur cessait d'être en possession de l'esclave, il était présumé avoir renoncé à faire l'abandon noxal, et le demandeur pouvait obtenir de lui la réparation du dommage qu'il avait subi du fait de son esclave.

(2) Tel fut, selon nous, le type normal de la *stipulatio poenae* dans le *vadimonium* prétorien. La promesse de la peine, pour le cas où le défendeur ne recomparaîtrait pas, était faite après une promesse principale de recomparaître. *Spondesne certo die sisti ? ni steteris, tantam pecuniam dari spondes ?* Il se peut qu'au début de la procédure formulaire la *stipulatio poenae* du *vadimonium* consista simplement en la promesse de la peine pour le cas où le défendeur ne recomparaîtrait pas : *Si certo die non steteris, tantam pecuniam dari spondes ?* Mais à l'époque de Gaius c'est, à n'en pas douter, le premier type qui était employé. Sans cela Gaius n'aurait pas pu dire, IV, 184 : *vadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti.*

« Et si quidem judicati depensive agitur tanti fit vadimonium, quanti ea res erit.. »

On comprend très bien que le demandeur fût particulièrement favorisé dans ces deux actions. Dans le cas de *judicatum* il a déjà triomphé de son adversaire : son droit apparait donc avec le caractère d'une quasi certitude et le défaut du défendeur vient renfoncer cette présomption. Dans le cas de *depensum*, il s'agissait aussi d'une créance certaine pour le recouvrement de laquelle le droit civil avait de tout temps protégé le demandeur. Elle était en effet sanctionnée sous les actions de la loi par la procédure énergique de la *manus injectio* (1).

A part les deux cas de *judicatum* et de *depensum* qui sont des exceptions, le montant du *vadimonium* était, en règle générale, fixé par le demandeur lui-même (2), qui prêtait en même temps le *jusjurandum calumniae*, c'est-à-dire jurait qu'il était de bonne foi dans son estimation (3).

Dans sa fixation du montant du *vadimonium*, le demandeur était soumis à un double maximum : La seconde

(1) Sur l'*actio depensi*, voir principalement Girard, *Organis.*, I, p. 188 ; *Manuel* [4], p. 758.

(2) Sur le cas, qui pouvait se présenter, où le défendeur contestait la *taxatio* du *vadimonium* faite par le demandeur, voir Lenel, *l'Edit*, I, p. 266 ; *Ed. perp.* [2], p. 495.

(3) Gaius, 4, 186 : *Si vero ex caeteris causis, quanti actor juraverit non calumniae causa postulare sibi vadimonium promitti.* Sur le *jusjurandum calumniae*, voir Hitzig dans Pauly-Wissowa ; V° *Calumnia*, III, p. 1420 ; Girard, *Manuel* [4], p. 999, n. 1.

partie du § 186 de Gaius, restituée par Huschke (1), s'exprime en effet ainsi :

« ... Nec tamen (*pluris quam partis dimidiae nec*) pluribus quam sestertium C. M. fit vadimonium. Itaque si centum milium res erit, nec judicati depensive agetur, non plus quam sestertium quinquaginta milium fit vadimonium. »

Le premier maximum est relatif, en ce qu'il dépend de la valeur de la chose litigieuse, dont il ne peut dépasser la moitié ; le second est absolu et doit être, selon nous, entendu en ce sens que le montant du *vadimonium*, déterminé de la première manière, ne peut jamais dépasser le chiffre de 100.000 sesterces (2).

(1) Nous adoptons la restitution de Huschke, de préférence à celle proposée par Heffter, *Gaii jurisconsulti institutionum commentarius quartus*, Berlin, 1827, p. 73 : *nec tamen pluribus quam H. S. c milibus fit vadimonium* (nec si res ipsa C milium tantum sit, vel minoris ultra partem dimidiam) *itaque*... parce qu'elle explique la raison matérielle qui amena le copiste à supprimer le membre de phrase qui manque dans le manuscrit. D'après Huschke, *Studien des röm. Rechts*, 1830, p. 336, le manuscrit aurait contenu *nec tamen plur. q p d n. pluribus q. ss. c milibus fit vadimonium.* Vraisemblablement le copiste, ne pouvant plus se retrouver dans les abréviations après *pluris*, et rencontrant à la suite *pluribus*, a pu croire que ce mot était répété à tort deux fois, et ayant substitué alors le second avec la forme *pluribus* au premier *plur.*, il continua en transcrivant ce qui venait après *pluribus*, sans se préoccuper de ce qui précédait. La restitution de Huschke a été adoptée par MM. Girard (*Textes* [3], p. 333), Kuebler et Seckel, 1903, Krueger et Studemund, 1905.

(2) Nous repoussons un système autrefois soutenu par Wetzell, *der röm. Vindicationsprocess*, 1845, p. 77, d'après lequel le maximum de 100.000 sesterces ne se rapporterait pas au montant que pouvait atteindre la *summa vadimonii*, mais à la valeur de la chose litigieuse, de telle sorte que la *summa vadimonii* n'aurait jamais pu dépasser la

Que faut-il décider si le *vadimonium* ne contenait pas la promesse accessoire de payer une certaine somme en cas de non-comparution, si le défendeur a simplement promis *se certo die sisti* (1) ? La question a préoccupé les jurisconsultes romains qui finirent par se prononcer en faveur de la validité du *vadimonium*. En ce cas, le demandeur était autorisé, nous disent les textes (2), à ré-

moitié de 100.000 sesterces, c'est-à-dire 50.000 sesterces. Le système de Wetzell repose sur une fausse interprétation de Julien, 2 *Digest.* D. 2, 10, 3, 4 (*Pal.*, 28) qui se rapporte à la clause de l'édit : *de eo per quem factum erit quo minus quis vadimonium sistat* et qui se concilie très bien avec l'opinion que nous suivons au texte. Nous retrouverons plus loin ce texte à propos des effets du *vadimonium*.

(1) M. Wenger, *Rechtshistorische Papyrusstudien*, p. 78, s'appuie sur des papyrus égyptiens pour soutenir que dans l'hypothèse du *vadimonium jurejurando* une somme d'argent n'était pas stipulée pour le cas de non comparution. Mais voir contre cette opinion les observations déjà présentées p. 53 n.2. Lorsque le *vadimonium* avait lieu *in jure*, il semble difficile d'admettre, d'après le langage précis de Gaius, que la stipulation d'une somme d'argent pût être omise. Le préteur devait veiller à ce que les prescriptions de son édit soient respectées. M. Lenel, *l'Edit*, II, p. 265 ; *Ed. perp.* ², p. 495, déclare que les parties, d'accord avec le préteur, pouvaient, cependant, régler autrement les conséquences de l'inexécution du *vadimonium* ; elles pouvaient, en particulier, écarter le *ni steteris tantam pecuniam dari*. Nous croyons plutôt que les textes relatifs à l'hypothèse, où une *summa vadimonii* n'a pas été stipulée, se rapportent au *vadimonium* extrajudiciaire, c'est-à-dire à celui que le défendeur, d'accord avec le demandeur, promettait en vue de sa première comparution *in jure*. On s'expliquerait en effet difficilement que les jurisconsultes aient pu discuter la question, si le préteur avait autorisé cette dérogation aux prescriptions de son édit ; car il aurait, en ce cas, prévu les conséquences que pouvait entraîner une telle omission volontaire.

(2) Ulpien, 47 *ad Sabinum*, D, 2, 5, 3 ; *Pal.*, 2933 : *Cum quis in judicio sisti promiserit neque adjecerit poenam, si status non esset : incerti cum eo agendum esse in id quod interest, et ita Celsus quoque scribit.* — Ulpien, 77 *ad ed.*, D. 45, 1, 81, *Pal.*, 1695 : *Quotiens quis alium sisti*

clamer au défendeur le *quod interest*, c'est-à-dire une somme d'argent correspondant à l'intérêt qu'aurait eu le demandeur à ce que le défendeur ait comparu au jour fixé, et pouvant par conséquent s'élever à la valeur entière du litige si le défaut du défendeur avait eu pour effet de faire prescrire l'action du demandeur (1).

promiserit nec adicit poenam, puta vel servum suum vel hominem liberum, quaeritur an committatur stipulatio. Et Celsus ait, etsi non est huic stipulationi additum « nisi steterit, poenam dari », in id, quanti interest sisti, contineri. Et verum est, quod Celsus ait : nam qui alium sisti promittit, hoc promittit id se acturum, ut stet.

(1) Sur la différence entre le *quod interest* et le *quanti ea res erit*, voir Fr. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht*, II, 1885, p. 40 s.

CHAPITRE III

EFFETS DU VADIMONIUM.

Par effets du *vadimonium* nous entendons principalement les conséquences que pouvait entraîner la non-comparution du défendeur au jour fixé (1). L'obligation principale contractée par lui n'ayant pas été exécutée, l'obligation accessoire de payer la *summa vadimonii* devient exigible (2). La question qui se pose alors naturellement est celle de savoir par quels moyens le demandeur pouvait faire valoir son droit.

(1) Il semble bien que le *vadimonium* devait comprendre non seulement la désignation du jour, mais encore celle de l'heure où la comparution devait avoir lieu. Des textes parlent de la quatrième heure : Martial, VIII, 67, 3 : *raucae vadimonia quartae* ; Horace, *serm.* I, 9, 35 : *ventum erat ad Vestae, quarta jam parte diei praeterita, et casu tunc respondere vadato debebat.* D'autres au contraire parlent de la deuxième heure (heure à laquelle le préteur commençait à rendre la justice) : Cicéron, *pro Quinctio*, VI, 25 : *tum Naevius pueros circum amicos dimittit* ; *ipse suos necessarios ab atriis Liciniis et a faucibus macelli corrogat, ut ad tabulam Sextiam sibi adsint hora secunda postridie.* Voir Karlowa, *legis actionen*, p. 315 ; Mispoulet, *Horace et la procédure*, Revue de philologie, 1888, p. 8. — A rapprocher de Paul, 1 *ad ed.*, D. 50, 16, 2, § 1, *Pal.*, 93 : « *Cujusque diei major pars* » *est horarum septem primarum diei, non supremarum,* qui s'entend le mieux, croyons-nous avec Lenel, *Z. S. St.*, 1881, p. 34, n. 56, des heures auxquelles la comparution pouvait être fixée par *vadimonium.*

(2) Nous prenons les mots *summa vadimonii* dans le sens le plus large et y faisons rentrer non seulement la somme d'argent nettement déterminée que le défendeur a promis de payer, mais encore le *quod interest* qui pouvait faire l'objet de la créance du demandeur.

Mais le cas inverse peut aussi se présenter : le demandeur fait défaut au jour fixé pour la recomparution du défendeur. Une étude complète des effets du *vadimonium* ne peut le passer sous silence : nous lui accorderons quelques développements en recherchant les suites que pouvait avoir un tel défaut pour le demandeur.

A. — Conséquences de la non-comparution du défendeur

I. — Le principal effet et, en même temps, l'effet normal du *vadimonium desertum* était de donner naissance à l'action par laquelle le demandeur pourra réclamer au défendeur le paiement de la *summa vadimonii*. Cette action est très souvent appelée par les auteurs *actio vadimonii deserti*, mais il faut bien se garder d'y voir autre chose que l'action générale qui sanctionne tout contrat verbal (*actio certae creditae pecuniae— actio ex stipulatu*).

II. — A côté de l'*actio vadimonii deserti*, les sources paraissent faire mention d'une *missio in possessionem* que le préteur aurait accordée au demandeur en cas de *vadimonium desertum*. Nous aurons à déterminer le rapport qui existe entre cette *missio in possessionem* et le *vadimonium*.

III. — Enfin nous nous demanderons si certains textes littéraires n'autorisent pas à penser que le défaut du défendeur pouvait dans certains cas avoir une répercussion sur l'action principale et entraîner de plein droit, relativement à celle-ci, la condamnation du défendeur.

SECTION I. — **Actio vadimonii deserti (actio certae creditae pecuniae — actio ex stipulatu)**

Nous étudierons d'abord ses conditions générales d'exercice et rechercherons ensuite les exceptions qui pouvaient la paralyser.

§ 1. — **Conditions générales d'exercice.**

En cas de *vadimonium purum*, l'*actio vadimonii deserti* ne pouvait être exercée que contre le défendeur. Si une somme d'argent déterminée avait été stipulée, le demandeur devait employer l'*actio certae creditae pecuniae* (1). Si au contraire il poursuivait le simple *quod interest*, ainsi que cela avait lieu quand aucune somme n'avait été stipulée, il devait se servir de l'action incertaine *ex stipulatu* (2). Un procès tout à fait indépendant du procès

(1) En cas de *depensum* et de *judicatum* où le montant du *vadimonium* s'élevait au *quanti ea res erit*, la valeur de la chose litigieuse était,croyons-nous, déterminée au moment où était promis le *vadimonium*. L'*actio vadimonii deserti* portait donc dans ces deux hypothèses sur un *certum* : par suite, l'action employée devait être la *condictio certae creditae pecuniae* et non l'*actio ex stipulatu*.

(2) Nous rencontrons deux fois dans le Digeste les mots *actio ex stipulatu* pour désigner l'action du *vadimonium* : D. 2, 11, 10, § 2 (Paul, 1 *ad Plautium*) : *non competere heredem ejus ex stipulatu actionem placuit* ; D. 2, 11, 15 (Papinen, 2 *Quaest.*) : *denegabitur actio ex stipulatu*. Seckel,*Heumanns Handlexikon zu den Quellen des röm. Rechts*, 9e éd., 1907, p. 557, col. 1, pense que dans ces textes l'action qualifiée d'*actio ex stipulatu* porte sur un *certum*. Mais on peut lui répondre qu'il n'y est fait nullement mention d'une stipulation de peine et qu'il peut très bien s'agir du *quod interest*.

principal s'engageait alors, de telle sorte que le demandeur, ayant reçu satisfaction relativement à l'*actio vadimonii deserti*, pouvait ensuite réengager le procès avec le défendeur sur l'action principale (1).

Si le *vadimonium* avait eu lieu *cum satisdatione*, le demandeur pouvait, au lieu d'intenter l'*actio vadimonii deserti* contre le défendeur, poursuivre une des cautions soit par l'*actio certae creditae pecuniae*, soit par l'*actio ex stipulatu*, suivant qu'il s'agissait d'une *summa certa* ou d'une *summa incerta* (2).

L'*actio vadimonii deserti* était intentée de la même façon (3) par le demandeur contre le défendeur en cas de *vadimonium jurejurando*. Le seul effet particulier que présentait un tel *vadimonium* était que des poursuites criminelles pouvaient être accessoirement intentées contre le défendeur.

Enfin, en cas de *vadimonium recuperatoribus suppositis*, l'*actio vadimonii deserti* était soumise à une procédure beaucoup plus rapide, puisque toute la phase *in jure* se

(1) On l'a pourtant contesté comme nous le verrons p. 79, n. 2.

(2) L'*actio vadimonii deserti* intentée contre les cautions était soumise aux mêmes règles que celle qui était intentée contre le défendeur. Elle pouvait être paralysée par les mêmes exceptions : Gaius, 1 *ad legem duodecim tabularum*, D. 2, 11, 6, *Pal.*, 424 ; *si is qui fidejussorem* [Lenel = sponsorem] *dedit ideo non steterit, quod rei publicae causa afuit, iniquum est fidejussorem* [= sponsorem] *ob alium necessitate sistendi obligatum esse, cum ipsi liberum esset non sistere.*

(3) Nous n'avons pas admis l'opinion de Wenger, *Rechtshistorische Papyrusstudien*, p. 78, d'après laquelle la promesse du défendeur aurait toujours eu, en cas de *vadimonium jurejurando*, un objet incertain. Voir p. 71, n. 1.

trouvait supprimée. Les récupérateurs nommés lors de la confection du *vadimonium* statuaient immédiatement sur elle. Il y a tout lieu de croire que, dans l'hypothèse du *vadimonium recuperatoribus suppositis*, la promesse du défendeur avait toujours pour objet une somme d'argent (1) et que, par suite, c'était l'*actio certae creditae pecuniae* qui était applicable.

§ 2. — Exceptions pouvant en paralyser l'exercice.

Les exceptions, qui pouvaient paralyser l'exercice de l'*actio vadimonii deserti*, peuvent être groupées sous deux chefs : les unes touchaient au fond même du droit, tandis que les autres résultaient de causes purement extérieures.

α) Exceptions touchant au fond même du droit.

1° *Exception dérivant de la non-existence ou de la perte de l'action principale* (2). — En règle générale, l'action résultant du *vadimonium* tombait d'elle-même si la prétention au sujet de laquelle le *vadimonium* avait eu lieu ne pouvait rien produire. En d'autres termes, l'*actio vadimonii deserti* était l'accessoire de l'action principale qui

(1) On peut argumenter en ce sens de Gaius, IV, 185, où les mots *summa vadimonii* doivent être pris dans le sens étroit de *summa certa*. On peut aussi faire valoir que le caractère accéléré de la procédure excluait toute promesse ayant un objet non liquide et non certain.

(2) Cette exception a fait l'objet d'une fine et pénétrante étude de la part de Naber, *Mnemosyne, nova series*, 17, 1889, p. 120 s.

motivait la comparution. Cette dernière venant à disparaître d'une façon quelconque, l'action résultant du *vadimonium* disparaissait du même coup. Ces principes se trouvent confirmés par un grand nombre de textes du Digeste, dont nous allons passer en revue les plus saillants :

Celui qui pose le mieux le principe est un texte de Paul (1). La mort du demandeur ou du défendeur survenant avant qu'il n'y ait eu *litis contestatio,* l'action d'injures est éteinte et elle n'est donnée ni à l'héritier ni contre lui. Mais l'extinction de l'action d'injures entraînera par contre-coup l'extinction de l'action résultant du

(1) Paul, 1 *ad Plautium*, D. 2, 11, 10, § 2 : *Qui injuriarum acturus est, stipulatus erat ante litem contestatam ut adversarius suus judicio sistat : commissa stipulatione mortuus est* [Lenel, *Pal.* Paul, fr. 1073. n. 3, modifie le texte de cette façon : qui injuriarum acturus est vadimonium stipulatus erat : ante litem contestatam (ces derniers mots doivent être placés en cet endroit comme le montrent les Basiliques. Cf. en ce sens Mommsen dans son édition du Digeste) deserto ab adversario vadimonio mortuus est.] *Non competere heredi ejus ex stipulatu actionem placuit, quia tales stipulationes* [Lenel = vadimonia] *propter rem ipsam darentur, injuriarum autem actio heredi non competit. Quamvis enim haec stipulatio judicio sistendi causa facta* [Lenel = vadimonii actio] *ad heredem transeat, tamen in hac causa danda non est : nam et defunctus si vellet omissa injuriarum actione ex stipulatu agere, non permitteretur ei. Idem dicendum esse et si is, cum quo injuriarum agere volebam, stipulatione tali commissa* [Lenel = vadimonio deserto] *decesserit : nam non competit mihi adversus heredem ejus ex stipulatu actio et hoc Julianus scribit. Secundum quod et si fidejussores* [Lenel = sponsores] *dati erant, minime dabitur in eos actio mortuo reo. Idem Pomponius, si non post longum tempus decesserit : quia si ad judicium venisset, litem cum eo contestari actor potuisset.* Voir sur ce texte les observations présentées par Koschaker, *Translatio judicii*, 1905, p. 36 ss.

vadimonium, qui, elle, cependant, est transmissible activement et passivement aux héritiers, mais qui n'en tombera pas moins, car elle doit être considérée comme l'accessoire de l'action principale dont elle suit en quelque sorte toutes les vicissitudes.

Une autre application du même principe nous est fournie par un second texte de Paul (1). Deux débiteurs corréaux ont promis le *vadimonium*. L'un des deux fait défaut au jour fixé pour la recomparution *in jure*. Le demandeur veut le poursuivre par l'action du *vadimonium* tandis qu'il intente contre l'autre débiteur l'action principale. L'*actio vadimonii deserti* sera repoussée par une exception, car, en poursuivant l'autre débiteur par l'action principale, le demandeur a libéré le premier. Or on ne peut réclamer la *poena desertionis* à une personne qui est absoute de l'action principale (2).

(1) Paul, 69 *ad ed.*, D. 2, 11, 5, § 1 : *Item si duo rei promittendi sint et unus ad judicium non venerit contempta sua promissione judicio sistendi causa facta* [Lenel, *Pal.*, fr. 778, n. 6 = contempto vadimonio], *actor autem ab altero rem petat, ab altero poenam desertionis : petendo poenam exceptione summovebitur. Aeque si a patre facta fuerit promissio judicio sistendi gratia* [Lenel = factum fuerit vadimonium] *ex filii contractu, deinde de re actor egerit cum filio, exceptione summovebitur, si cum patre ex ejus promissione agat. Et contra idem erit, si filius promiserit et actor egerit cum patre de peculio.* Nous n'expliquons pas au texte la seconde partie du passage de Paul qui n'est qu'une application du même principe et qui se comprend d'elle-même.

(2) M. Kipp, *Litis denuntiatio*, p. 116, donne de ce texte une explication qui nous paraît tout à fait erronée. Pour lui, il serait une application de l'idée d'après laquelle le demandeur ne pourrait plus, après avoir intenté l'action principale, poursuivre le défendeur par l'*actio vadimonii deserti*. Le demandeur n'aurait eu que le choix entre les deux actions : le fait d'intenter l'une d'entre elles lui enlevait

De même Ulpien (1) nous apprend que l'obligation née du *vadimonium* s'éteint quand il est intervenu une transaction entre les parties avant le jour fixé pour la comparution, ajoutant que, si la transaction a eu lieu après que le *vadimonium* avait été *desertum*, l'*actio vadimonii deserti* sera paralysée par une exception de dol (2).

le droit d'intenter l'autre. Le texte de Paul ne voudrait pas dire autre chose : si l'*actio vadimonii deserti* se trouve être paralysée par une exception, c'est que le demandeur a intenté contre l'autre débiteur corréal l'action principale. Nous repoussons énergiquement cette manière de voir qui, non seulement ne trouve aucun appui dans le texte de Paul, qui peut s'expliquer d'une manière beaucoup plus satisfaisante, mais est en contradiction absolue avec le but du *vadimonium*. C'est avant tout une peine que le demandeur stipule du défendeur pour le cas où il ne comparaîtrait pas. Et, nous l'avons vu, cette peine est, en règle générale, inférieure à la valeur du litige principal. Ce qui prouve bien que, l'exercice de l'*actio vadimonii deserti* ne pouvant donner au demandeur la même satisfaction que l'action principale, ces deux actions ne peuvent pas se remplacer l'une l'autre. Tout au plus admettons-nous une exception au principe relativement au *vadimonium* de l'action d'injures. — Le système de Kipp a été admis par Lenel, *l'Edit*, II, p. 249, n. 12 ; *Ed. perp.*[2] p. 482, n. 11.

(1) Ulpien, 74 *ad ed.*, D. 2, 11, pr. *Pal.*, 1651 : *Non exigimus reum judicio sisti, si negotium, propter quod judicio sisti promisit* [Lenel = vadimonium promisit], *fuerit transactum : sed hoc ita, si prius id negotium transactum sit, quam sisti oporteret. Ceterum si postea transactum est, exceptio doli opponi debet : quis enim de poena promissa laborat post negotium transactum ? cum etiam transacti negotii exceptionem putavit quis nocere, quasi etiam de poena transactum sit, nisi contrarium specialiter partibus placuerit.*

(2) Signalons aussi un texte de Papinien, 2 *Quaest.*, D. 2, 11, 15, *Pal.*, 78, qui, s'inspirant de la même idée, déclare qu'on doit tenir pour absous de l'*actio vadimonii deserti* celui contre qui le préteur refuse de délivrer l'*actio judicati* après la condamnation intervenue : *Si tutor judicio sisti* [Lenel = vadimonium] *promiserit et stipulationi non obtemperaverit, et interea pupillus adoleverit aut mortem obierit aut etiam abstentus sit hereditate ; denegabitur ex stipulatu actio. Nam et*

Enfin l'idée d'après laquelle l'*actio vadimonii deserti* n'est que l'accessoire de l'action principale nous permet d'expliquer un texte d'Ulpien (1) qui, approprié dans sa forme actuelle à l'*exceptio rei judicatae*, se rapportait primitivement, comme le prouve son inscription, à la matière du *vadimonium*. Remis dans son véritable cadre, ce texte signifie, selon nous, que l'action résultant du *vadimonium* peut être valablement exercée, alors même que le demandeur change plus tard la cause de l'action principale, par exemple, quand, à la place de l'*actio mandati*, il intente contre celui qui a promis le *vadimonium* l'*actio negotiorum gestorum*. Dans cette hypothèse, déclare Ulpien, le demandeur ne peut pas être considéré comme ayant renoncé à sa chose. Il continue à *de re agere*.

2° *Exception dérivant de la violation des prescriptions de l'Edit relatives au montant de la summa vadimonii.* — Il faut distinguer, déclare Julien, dont Ulpien rapporte l'opinion (2), suivant que la *summa vadimonii* a été portée

ipsius rei quae petebatur, si tutor judicatus fuerit et eorum quid acciderit, non esse dandam in eum actionem judicati probatum est.

(1) Ulpien, 74 *ad ed.*, D. 44, 2, 5, *Pal.*, 1658 : *de eadem re* [Naber, *Mnemosyne, nova series*, 1889, p. 125 = de re] *agere videtur et qui non eadem actione agat qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re : ut puta si quis mandati acturus cum ei adversarius judicio sistendi causa* [Lenel, Naber = vadimonium] *promisisset, propter eamdem rem agat negotiorum gestorum vel condicat, de eadem re agit. Recteque ita definietur eum demum de* [ea] *re non agere, qui prorsus rem ipsam non persequitur : ceterum cum quis actionem mutat et experitur, dummodo de eadem re experiatur, etsi diverso genere actionis quam instituit, videtur de* [ea] *re agere.*

(2) Ulpien, 74 *ad ed.*, D. 2, 11, 4, § 5 : *Pal.* Julien, 680 ; Ulpien, 1657 : *Nam et Julianus scribit, si judicio sistendi causa* [Lenel =

à un taux excessif par erreur ou en vertu d'une convention des deux parties. Dans le premier cas, une exception doit être donnée au défendeur qui sera néanmoins tenu vis-à-vis du demandeur pour toute la somme qui ne dépasse pas le maximum établi (1). Mais si les parties ont volontairement dépassé ce maximum, Julien pense que l'exception réclamée par le défendeur pourra être paralysée par une *replicatio pacti conventi* (2).

β) Exceptions provenant de causes purement extérieures.

Ces exceptions, créées par le préteur en faveur du défendeur empêché par des événements indépendants de sa

vadimonium] *pluris quam statutum est per ignorantiam promissum fuerit, exceptionem dari debere : si autem ex conventione tantae summae promissio facta sit, exceptionem pacti conventi replicatione infirmandam Julianus ait.*

(1) Cf. Lenel, *l'Edit*, I, p. 91, n. 2 ; *Ed. perp.*[2], p. 80, n. 8 qui s'appuie sur Paul, 6 *ad ed.*, D. 50, 17, 110 pr. *Pal.*, 147 : *in eo quod plus sit, semper inest et minus.*

(2) Il faut rapprocher de cette hypothèse celle où le défendeur a promis le *vadimonium cum satisdatione* alors qu'il n'était pas dans un des cas où l'Edit exigeait une *satisdatio.* Ulpien se demande si les cautions pourront se prévaloir d'une exception. Il distingue suivant que la *satisdatio* aura été fournie par erreur ou *ex conventione* et accorde l'exception dans le premier cas, tandis qu'il la refuse dans le second. Ulpien, 74 *ad ed.*, D. 2, 11, 4, § 5. *Pal.*, 1657 : *Item quaeritur, si quis, cum judicio sistendi causa satisdare non deberet, satisdato promiserit, an fidejussoribus* [Lenel = sponsoribus] *ejus exceptio detur. Puto interesse utrum per errorem satisdato promissum est an ex conventione : si per errorem, dandam fidejussoribus* [Lenel = sponsoribus] *exceptionem : si ex conventione, minime dandam.* Cf. sur ce texte Wenger, *Rechtshist. Papyrusstudien*, p. 76, n. 3.

volonté de comparaître au jour fixé (1), étaient réunies dans le formulaire qui terminait l'Edit (titre XLIV). Nous serons très bref à leur sujet et nous contenterons de les énumérer dans l'ordre où elles y figuraient (2).

1° *Exception extra quam si ideo non stetit quod sine dolo rei publicae causa afuit*, en faveur du défendeur qui s'était trouvé dans l'impossibilité d'exécuter le *vadimonium* par suite d'un service public auquel il était appelé (3).

2° *Exception extra quam si valetudine, tempestate, vi fluminis prohibitus vadimonium sistere non potuit* (4), destinée à porter secours au défendeur empêché de compa-

(1) Sénèque, *de benef.*, IV, 39, 4 : *Vadimonium promittimus ; tamen deseris : non in omnes datur actio deserentes ; vis major excusat.*

(2) Nous suivrons l'ordre de Lenel : *l'Edit*, II, p. 248 s. ; *Ed. perp.*[2], p. 481 s.

(3) Ulpien, 74 *ad ed.*, D. 50, 7, 15. *Pal.*, 1652 : *Qui libera legatione abest, non videtur rei publicae causa abesse : hic enim non publici commodi causa, sed sui abest.* Ulpien, 74 *ad ed.*, D. 2, 11, 2 § 1. *Pal.*, 1652 : *Si quis municipalis muneris causa sine suo dolo malo impeditus in judicio secundum suam promissionem non stetit, aequissimum est tribui ei exceptionem.* Ulpien, 74 *ad ed.*, 2, 11, 2 § 2. *Pal.*, 1652 : *Simili modo et si ad testimonium desideratus ad judicium occurrere non potuit, erit ei subveniendum.* Paul, 69 *ad ed.*, D. 2, 11, 7. *Pal.*, 779, nous apprend que cette exception ne pouvait pas être invoquée par le maître ayant promis par *vadimonium* de produire son esclave, *nam servus rei publicae causa abesse non potest.*

(4) Ulpien, 74 *ad ed.*, D. 2, 11, 2 § 3, *Pal.*, 1653 : *Si quis judicio se sisti* [Lenel = vadimonium] *promiserit et valetudine vel tempestate vel vi fluminis prohibitus se sistere non possit, exceptione adjuvatur*... Quintilien, *Inst. orat.*, 3, 7, fait allusion à cette exception : *deserui, tempestatibus, fluminibus, valetudine impeditus, id est, non per me stetit, sed per illa.*

raître par la maladie (1), la tempête, le débordement des fleuves (2).

3° *Exception extra quam si sine dolo malo ipsius a magistratu retentus vadimonium sistere non potuit*, qui excuse le défendeur qui, alors qu'il se disposait à venir comparaître, en a été empêché pour une raison ou pour une autre par le magistrat (3).

4° *Exception extra quam si rei capitalis ante condemnatus vadimonium sistere non potuit*, quand le défendeur n'a pu comparaître à la suite d'une condamnation capitale prononcée contre lui (4).

5° *Exception si non dolo malo A^i A^i factum est, quominus vadimonium sisteret*, donnée au défendeur qui a été empêché par le dol du demandeur de comparaître au jour dit (5). Il est à remarquer que, tandis que l'empê-

(1) Les textes citent comme cas d'empêchement, équivalents à la maladie : l'état de grossesse, Ulpien, 74 *ad ed.*, D. 2, 11, 2, § 4 : *Si non propter valetudinem mulier non steterit judicio, sed quod gravida erat, exceptionem ei dandam Labeo ait : si tamen post partum decubuerit, probandum erit quasi valetudine impeditam*, et l'état de folie, *loc. cit.*, § 5 : *Idem est et si quis furere coeperit : nam qui furore impeditur, valetudine impeditur.*

(2) Ulpien, 74 *ad ed.*, D. 2, 11, 2, §§ 6-8, donne sur ce cas d'empêchement de nombreux détails dans l'examen desquels nous ne pouvons entrer.

(3) Ulpien, 74 *ad ed.*, D. 2, 11, 2, § 9, *Pal.*, 1654 : *Simili modo exceptio datur ei, qui cum ad judicium venire volebat, a magistratu retentus est et retentus sine dolo malo ipsius.* Voir aussi Paul, 69 *ad ed.*, D. 2, 11, 3, *Pal.*, 777.

(4) Cette exception était surtout utile pour les cautions : Ulpien, 74 *ad ed.*, D. 2, 11, 4, pr., *Pal.* 1655 : *sed respondebitur fidejussoribus* [Lenel = sponsoribus] *ejus esse necessariam.*

(5) Ulpien, 7 *Disput.*, D. 22, 3, 19, § 1, *Pal.*, 121 : *Quum quis pro-*

chement résultant du dol du demandeur avait pour palliatif une exception, par laquelle le défendeur paralysait l'exercice de l'*actio vadimonii deserti*, celui causé par le dol d'un tiers voyait ses effets neutralisés par une action *in factum* que le préteur délivrait contre le tiers, dans le but de le contraindre à réparer le préjudice causé (1). Cette action *in factum* au *quanti interest* (2), qui, suivant les cas, était intentée par le demandeur (3) ou par le défendeur (4), figurait dans le titre général *de vadimoniis*

misisset judicio se sisti et Reipublicae causa abfuisse dicat, et ob id non stetisse, vel dolo malo adversarii factum quominus sisteretur, vel valetudinem sibi impedimento fuisse, vel tempestatem, probare eum id oportet. Voir aussi Paul 69 *ad ed.*, D. 2, 11, 5, pr. *Pal.*, 778.

(1) Ulpien, 7 *ad ed.*, D. 2, 10, 1, pr. *Pal.*, 299 : *Aequissimum putavit praetor dolum ejus coercere, qui impedit aliquem judicio sisti* ; Julien, 2 *Digest.*, D. 2, 10, 3 pr. *Pal.*, 28 : *Ex hoc edicto adversus eum, qui dolo fecit, quo minus quis in judicium vocatus sistat, in factum actio competit quanti actoris interfuit eum sisti.*

(2) Julien, *loc. cit.*, nous renseigne sur ce *quanti interest*: *In quo judicio deducitur si quid amiserit actor ob eam rem : veluti si reus tempore dominium rei interim sibi adquirat aut actione liberatus fuerit.* Julien, 2 *Digest.*, D. 2, 10, 3 § 4. *Pal.*, 28, prend un exemple : le demandeur avait stipulé 50 d'une caution *si in judicium reus non venerit* alors que par l'action principale le débiteur était poursuivi pour 100. Julien déclare que le demandeur pourra réclamer 100 à la personne qui par son dol aura empêché le défendeur de comparaître : *tanti enim mea interfuisse videtur, quia, si venisset in judicium, actio mihi centum adversus reum vel adversus heredem ejus competebat, licet fidejussor* [Lenel = sponsor] *minorem summam mihi promiserit.*

(3) Le demandeur agissait par cette action contre le tiers, quand, par suite de la non-comparution du défendeur, son action contre ce dernier se trouvait par exemple prescrite. Voir Julien cité à la note précédente.

(4) Le demandeur ayant poursuivi le défendeur par l'*actio vadimonii deserti*, ce dernier a dû payer la *summa vadimonii*. Il se retournera alors contre le tiers qui l'a empêché par son dol de comparaître et

(titre VII). Elle était donnée non seulement contre celui qui avait empêché personnellement, par ses propres manœuvres, la comparution du défendeur, mais aussi contre celui qui avait poussé des tierces personnes à le faire (1).

SECTION II. — **Missio in possessionem** *

Le *pro Quinctio* de Cicéron (2) roule tout entier sur une *missio in possessionem* qui aurait été accordée par le pré-

lui réclamera le montant de la somme qu'il a dû payer au demandeur.

(1) Ulpien, 7 *ad ed.*, D. 2, 10, 1, § 1, *Pal.*, 299 : *Fecisse autem dolo malo non tantum is putatur, qui suis manibus vel per suos retinuit, verum qui alios quoque rogavit ut eum detinerent vel abducerent ne judicio sistat, sive scientes sive ignorantes quid esset quod comminisceretur*. — Elle était annale et transmissible activement et passivement : Ulpien, 7 *ad ed.*, D. 2, 10, 1, § 6. Pour l'hypothèse où l'empêchement a été causé par l'esclave du demandeur, voir Paul, 6 *ad ed.*, D. 2, 10, 2, *Pal.*, 155.

* Bibliographie : Keller, *Semestrium ad M. T. Ciceronem*, Turici, 1842, I, p. 39 ss. ; Bachofen, *Krit. Jahrb.*, 12 (1842), p. 961 ss. ; Mommsen, *Zeitschr. f. Alterthumswiss.*, 1845, p. 1084 ss. ; Bachofen, *Pfandrecht*, 1847, I, p. 292 s. ; Dernburg, *Emtio bonorum*, 1850, p. 48 ss. ; Frei, *Philologus*, 6, 1851, p. 324 ss. ; *der Rechtsstreit zwischen P. Quinctius und S. Naevius*, Zürich, 1852 ; Hartmann, *Contumacialverfahren*, 1851, p. 4 ss. ; Benfey, *Philologus*, 10, 1855, p. 126 ss. ; Karlowa, *Beiträge zur Geschichte des röm. Civilprozesses*, 1865, p. 101 s. ; Bethmann-Hollweg, *der röm. Civilprozess*, 2, 1865, p. 562 s., 784 s. ; Oetling, *Ueber Cicero's Quinctiana*, Oldenburg, 1882 ; Costa, *le Orazioni di dritto privato di M. Tul. Cicerone*, 1889, p. 3 ss. ; Kuebler, *Z. S. St.*, 1893, p. 54 s. ; Wlassak, dans Pauly-Wissowa, V° *Absentia*, I, 1894, p. 119 ; Greenidge, *Legal procedure of Cicero's time*, 1901, Appendix II, p. 531 s. ; Roby, *Roman private law*, II, 1902, Appendix A, p. 453 ss.

(2) C'est le plus ancien des discours de Cicéron qui nous ont été conservés. Il le prononça en l'an 673/81, à l'âge de vingt-six ans

teur à la suite d'un *vadimonium desertum*. Pour pouvoir déterminer d'une manière exacte le rapport qui unit cette *missio in possessionem* au *vadimonium*, il est indispensable de connaître les circonstances dans lesquelles Naevius fut autorisé par le préteur Burrienus à se mettre en possession des biens de Quinctius, ainsi que les événements qui précédèrent le procès au cours duquel Cicéron prêta son assistance à Quinctius (1).

Le frère de P. Quinctius, Caius Quinctius, avait, avec Naevius, le demandeur au procès, fondé une société pour l'exploitation de propriétés situées en Gaule. Après la mort de C. Quinctius, il s'éleva un différend entre son héritier P. Quinctius et son associé Naevius au sujet de la liquidation de la société et de la part qui revenait à chacun d'eux. Après des remises successives de l'affaire, Naevius prétendit vouloir se désister et ne plus rien réclamer à Quinctius du fait de la société. Sur ces entrefaites, Quinctius, appelé en Gaule par ses affaires, quitte Rome. Mais à peine Naevius a-t-il appris le départ de Quinctius qu'il se présente devant le préteur Burrienus et obtient de lui l'autorisation d'entrer en possession des biens de Quinctius. L'intervention d'un *procurator*, Alfenus, qui déclare vouloir prendre fait et cause pour Quinctius, n'aboutit qu'à une entente entre Alfenus et Naevius au sujet de la comparution de Quinctius à Rome, aux

(Aulu-Gelle, *Noct. att.*, XV, 28, 3). *Cons.* Schanz, *Geschichte der röm. Litteratur*, Erster Theil., 2e Aufl., 1898, p. 246.

(1) L'historique du procès forme l'objet des chapitres un à dix.

ides de septembre (1). Au jour fixé, Quinctius paraît; mais Naevius retarde encore l'affaire pendant un an et demi. Enfin il se présente devant le préteur Dolabella en émettant la prétention que Quinctius, s'il veut plaider avec lui, doit lui fournir auparavant la *satisdatio judicatum solvi* (2), sous le prétexte qu'il a possédé les biens de Quinctius pendant trente jours, conformément à l'édit du préteur Burrienus. Sur les dénégations énergiques de Quinctius (3), le préteur Dolabella décide qu'il est nécessaire d'organiser sur ce point un *praejudicium*. Il oblige donc Quinctius à conclure avec Naevius une *sponsio* sur le point de savoir : *si bona ex edicto P. Burrieni praetoris dies XXX possessa non essent.*

Cicéron divisa la plaidoirie qu'il prononça à cette occasion en trois parties : dans la première, il s'efforça de démontrer que Naevius n'avait pas le droit de réclamer la *missio* au préteur Burrienus; dans la seconde, que Naevius n'avait pu posséder les biens de Quinctius en vertu de l'Edit ; dans la troisième enfin, que Naevius ne les avait pas en fait possédés conformément à l'Edit (4).

(1) Nous passons sous silence l'appel fait par Alfenus aux tribuns, car il n'eut pas pour effet de modifier sensiblement la procédure.

(2) Voir Girard, *Manuel*[4], p. 1002, n. 2.

(3) Quinctius a, en effet, le plus grand intérêt à démentir l'assertion de Naevius, car si elle était reconnue exacte, il encourait l'infamie. — Cf. Girard, *Manuel*[4], p. 1041, n. 2.

(4) *Pro Quinctio*, 10, 36 : *Negamus te bona P. Quinctii, Sexte Naevi, possedisse ex edicto praetoris... Ostendam primum causam non fuisse, cur a praetore postularis, ut bona P. Quinctii possideris ; deinde, ex edicto te possidere non potuisse ; postremo, non possedisse.*

Pour prouver que Naevius n'avait aucun motif pour réclamer la *missio*, Cicéron s'appuie sur les deux faits négatifs suivants qui, dans son esprit, paraissent bien être solidaires l'un avec l'autre (1), à savoir : 1° que Quinctius ne devait rien à Naevius ; 2° qu'il n'y avait pas eu *vadimonium desertum* pour la bonne raison qu'aucun *vadimonium* n'avait été promis par Quinctius à Naevius.

Ces deux points démontrés, Cicéron arrive ensuite à la seconde partie de son discours. Il passe alors en revue les différentes clauses de l'Edit et énumère successivement les cas dans lesquels le préteur permettait à un créancier de posséder les biens de son débiteur, en s'efforçant de démontrer qu'aucun ne s'applique à Quinctius : *Qui fraudationis causa latitarit* ; *Cui heres non exsta-*

(1) Il faut rejeter l'opinion de Keller, *Semestrium*, p. 59, d'après laquelle il n'était pas nécessaire que celui qui demandait une *missio in possessionem* fût un créancier véritable. Le préteur assimilait au créancier celui qui pouvait invoquer un *vadimonium desertum*. Ce dernier était, suivant l'expression de Keller : *loco creditoris*. Keller en conclut que Naevius n'avait pas besoin d'invoquer à la fois une créance contre Quinctius et un *vadimonium* que celui-ci aurait laissé *des ertum*. Il lui suffisait pour obtenir la *missio* de prouver un des deux faits. Cette opinion nous semble tout à fait contraire au langage de Cicéron qui laisse clairement entendre qu'un des deux faits précités ne suffisait pas à lui seul pour rendre légitime la demande de Naevius : *pro Quinctio*, 14, 47-48 : *Nihil igitur debuit, ut tu ipse praedicas. Quid si debuisset ? continuone causa fuisset, cur a praetore postulares, ut bona possideres ? Non opinor id quidem neque jus esse neque cuiquam expedire. Quid igitur demonstrat ? Vadimonium sibi ait esse desertum*. On peut faire aussi remarquer que, si l'opinion de Keller était exacte, Cicéron aurait vraisemblablement concentré toute son argumentation négative sur un des deux points, au lieu de risquer d'affaiblir sa démonstration en la fractionnant. — Cf. en notre sens : Hartmann, p. 22 ; Benfey, p. 126 ; Kuebler, p. 61.

bit ; *Qui exsilii causa solum verterit*, clauses auxquelles il faut ajouter sans nul doute, à notre avis, cette autre : *Qui absens judicio defensus non fuerit* (1), qui ne se rencontre pas à vrai dire dans les manuscrits parvenus jusqu'à

(1) *Pro Quinctio*, 18, 56. — Parmi les auteurs qui ont nié l'existence de la clause : *qui absens judicio defensus non fuerit* comme clause indépendante et particulière, nous signalerons : Mommsen, p. 1093 ; Dernburg, *Emtio bonorum*, p. 66 ; Oetling, p. 6. — Son existence a été défendue avec une grande force par Keller, p. 45, qu'ont suivi : Hartmann, p. 24 ; Karlowa, p. 133, Bethmann Hollweg, p. 560 ; Costa, p. 13 ; Lenel, *l'Edit*, II, p. 152, n. 3. *Ed. perp.*[2], p. 400, n. 7 ; Roby, p. 472. — M. Kuebler, p. 64, reconnaît l'existence des mots : *absens judicio defensus non fuerit* dans le manuscrit original, mais se trompe quand il les considère, non pas comme constituant une clause indépendante, mais comme étant seulement une condition accessoire de la clause : *qui fraudationis causa latitabit*, et quand il restitue de cette façon le passage du *pro Quinctio* : *Qui exsilii causa solum verterit* (dici hoc de P. Quinctio non potest. Quid ergo est ? Quomodo Naevius ex edicto P. Quinctii bona possidere potuit ? — At in edicto dicunt addictum esse « Si absens judicio defensus non fuerit »). Un de ses principaux arguments est qu'on ne comprendrait pas sans cela que Cicéron, énumérant les différentes clauses de l'Edit, commence par citer une clause de *missio in possessionem* relative aux biens d'un vivant et cite ensuite deux clauses de *missio* se rapportant aux biens d'un mort ou d'un *capite minutus*, pour citer à nouveau une clause de *missio* relative aux biens d'un vivant. Nous pensons que Cicéron cite les différentes clauses de l'Edit dans l'ordre où elles y figuraient. Or cet ordre était, selon nous, non pas un ordre rationnel, mais un ordre purement historique, purement chronologique. La clause qui y fit en dernier lieu son apparition est la clause : *qui absens judicio defensus non fuerit*, qu'il fut nécessaire d'ajouter quand, avec le développement du territoire de Rome et des transactions, la clause : *qui fraudationis causa latitabit* devint insuffisante. Enfin l'existence de la clause *qui absens...*, nous semble attestée par Gaius, 3, 78 : *Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum : vivorum veluti eorum qui fraudationis causa latitant nec absentes defenduntur*. Cons. sur le passage de Gaius : Karlowa, p. 134.

nous, mais dont l'existence se trouve attestée par certains témoignages (1) et par la suite du discours (2).

Le point délicat à élucider tout d'abord est celui de savoir dans quel rapport se trouvaient l'une avec l'autre les deux premières parties du discours de Cicéron. Seule la solution à donner à cette question préjudicielle nous permettra de résoudre le problème que nous nous sommes posé : la détermination de la relation existant entre le *vadimonium desertum* et la *missio in possessionem.*

Comme Hartmann a eu le premier le mérite de le faire remarquer (3), l'ordre suivi par Cicéron n'est pas un ordre rationnel, comme beaucoup d'auteurs le pensaient avant lui (4), mais un ordre purement historique, purement chronologique. Dans la première partie, Cicéron se place au moment où Naevius réclame la *missio* au préteur et il s'efforce de réfuter les faits sur lesquels Naevius

(1) Hotman affirme l'avoir lue dans un manuscrit (*Opera*, t. III, Genève, 1600, col. 803. *Ante haec verba* (il s'agit des mots : *quo tempore existimas*) *desiderantur haec omnia, quae tibi lector ex libro manuscripto perantiquo restituimus. Dici non potest. Qui absens judicio defensus non fuerit.* Lambin émet la même affirmation que Hotman.

(2) Toute la fin de la deuxième partie du discours porte sur le point de savoir si Quinctius fut défendu par Alfenus, 19, 60 : *Qui locus igitur absentis defendendi procuratori primus datus est* ? 19, 61, *quid aliud sit absentem defendi, ego non intellego* ; 19, 61 : *et audes negare absentem defensum esse Quinctium* ? etc. etc.

(3) Hartmann, *Contumacialverfahren,* p. 24 s., suivi par Karlowa, *Beiträge*, p. 107 ; Kuebler, p. 58.

(4) Citons parmi les nombreuses conjectures qui furent proposées celle de Keller, p. 39 : dans la première partie de son discours Cicéron s'occupait des conditions exigées du *postulans* pour obtenir la *missio in possessionem*, tandis que, dans la seconde partie,il s'occupait des conditions que devait remplir le *missus.*

basait sa demande : existence d'une créance à son profit contre Quinctius, existence d'un *vadimonium desertum*. Dans la seconde partie, au contraire, il se place dans la période de temps qui suit l'envoi en possession et s'attache aux propres termes de la *sponsio* : *si bona ex edicto P. Burrieni praetoris dies XXX possessa non essent*. Après avoir successivement écarté les différentes clauses de l'Edit qu'il était impossible d'appliquer à Quinctius, il concentre toute son argumentation sur la clause : *qui absens judicio defensus non fuerit*, que l'on pouvait invoquer contre Quinctius. De là tous ses efforts pour démontrer que Quinctius ne fut pas *indefensus*, que l'intervention d'Alfenus a eu pour but d'empêcher Naevius de posséder *ex edicto* les biens de Quinctius.

Il y a tout lieu de croire, selon nous, que c'est cette même clause dont se prévalut Naevius pour obtenir du préteur Burrienus son envoi en possession. On pourrait peut-être objecter qu'il est alors surprenant que Cicéron n'en fasse pas mention dans la première partie de son discours. Mais ce silence s'explique au contraire très bien : Cicéron pouvait-il contester l'absence de Quinctius ? absolument pas. Tout le monde savait que Quinctius avait quitté Rome. Seulement il ne suffisait pas qu'une personne ait quitté Rome pour qu'on ait la faculté de se faire envoyer en possession de ses biens. Il fallait que l'on pût invoquer certains faits de nature à rendre cette absence illégitime. Or l'existence d'une dette jointe à celle d'un *vadimonium desertum* créait une forte pré-

somption en faveur de cette illégimité et l'on comprend que devant de telles allégations le préteur ait cru bon d'accorder la *missio* qu'on lui réclamait (1). Voilà pourquoi Cicéron met tous ses efforts à démontrer que les raisons invoquées par Naevius à l'appui de sa demande n'existaient pas : que Quinctius ne devait rien à Naevius et qu'il ne lui avait jamais promis le *vadimonium*.

Mais ce serait, à notre avis, une erreur, de croire que la *missio in possessionem*, accordée à Naevius par le préteur Burrienus, ait eu pour fondement unique et particulier un *vadimonium desertum*, comme pouvait le faire croire un texte d'Ulpien (2), avant que l'on ait exactement déterminé la matière à laquelle il se rapportait. La *missio in possessionem*, dont Ulpien nous a transmis la clause, est, comme l'a démontré M. Lenel (3), celle que le préteur donnait

(1) Nous ne pensons pas avec Kuebler, p. 60, que le préteur se soit livré à un examen approfondi des raisons invoquées par celui qui sollicitait de lui une *missio in possessionem*, mais, par contre, il nous semble impossible que le préteur ait accordé la *missio* sans examen préalable, mais sommaire, à toute personne qui la lui réclamait. Dans l'hypothèse du *pro Quinctio*, l'allégation de Naevius qu'il était créancier de Quinctius en raison du contrat de société qui le liait avec son auteur Caius Quinctius, et, d'autre part, la production de témoins venant affirmer que Quinctius avait fait défaut au jour fixé pour sa comparution en justice, suffisaient à rendre vraisemblable le bien fondé de sa demande, d'autant plus que le préteur lui accordait seulement la permission de posséder les biens de Quinctius *ex edicto*, c'est-à-dire qu'il devait cesser de pouvoir posséder dès que Quinctius se serait présenté en personne ou qu'un tiers serait venu lui prêter son assistance.

(2) Ulpien, 5 *ad. ed.*, D. 42, 4, 2 pr., *Pal.*, 268 : *Praetor ait : In bona ejus qui judicio sistendi causa fidejussorem* [Lenel = vindicem] *dedit, si neque potestatem sui faciet neque defendetur, iri jubebo.*

(3) Lenel, *l'Edit*, I, p. 80, *Ed. perp.*², p. 71. Comp. Schlossmann,

contre l'individu qui, ayant fourni un *vindex*, *neque potestatem sui faciet neque defenderetur*, et elle paraît être de date postérieure au *pro Quinctio*, puisque Cicéron ne la cite pas dans son énumération qui semble complète. Tout autre est à nos yeux la *missio in possessionem* qui fait l'objet du *pro Quinctio*. Elle fut accordée à Naevius par le préteur Burrienus sur le fondement de la clause générale : *qui absens judicio defensus non fuerit*, et le *vadimonium desertum* invoqué par Naevius doit être considéré comme un fait purement extérieur, de nature à donner un certain poids à sa demande et à rendre vraisemblable la légitimité de la *missio*.

SECTION III. — **Condamnation par défaut sur l'action principale.**

C'est le plus contestable des effets du *vadimonium*. Il s'appuie en effet exclusivement sur un passage obscur d'une satire d'Horace : 1,9,35 :

Ventum erat ad Vestae, quarta jam parte diei
Praeterita, et casu tunc respondere vadato
Debebat, quod ni fecisset, perdere litem.

qu'il importe tout d'abord de remettre dans son contexte : Un fâcheux nommé Bolanus aborde Horace, tandis que le poète se promène sur la voie sacrée, et ne veut

Z. de Grünhut, 1905, p. 224, qui soutient que la *missio in possessionem* dont parle Ulpien était donnée, non pas au demandeur, mais au *vindex* lui-même.

plus le lâcher. Horace a beau saisir toutes les occasions qui s'offrent à lui pour l'éconduire. Il n'y parvient pas. Le hasard les mène au temple de Vesta près duquel était dressé le tribunal du préteur. Notre bavard se souvient alors qu'il a une affaire pour ce jour-là, mais plutôt que de quitter sa victime, il préfère perdre son procès.

Quel rôle jouait Bolanus dans ce procès, était-il défendeur ou demandeur ? Quels furent les effets de sa non-comparution ? Telles sont les deux questions que soulève le passage d'Horace et que nous allons tenter de résoudre.

Il ne nous paraît pas douteux que Bolanus était appelé à jouer le rôle de défendeur (1). Le mot *respondere* est le terme technique qui désigne, dans la terminologie procédurale romaine, le fait pour un défendeur de se présenter, de comparaître en justice, et dans ce sens il est employé sans régime (2). Le participe passé *vadato* peut être pris aussi bien dans le sens actif que dans le sens passif. Rien ne nous empêche donc de l'entendre

(1) C'est l'opinion qui l'emporte aujourd'hui. Renvoyant à Zimmern, *Traité des actions*, trad. Etienne, 1843, p. 346, n. 4, pour la littérature ancienne, nous nous contenterons de citer parmi les auteurs qui partagent notre manière de voir : Mommsen, *Jahrb. des gemeinen deutschen Rechts*, 6, 1863, p. 390, n. 1 ; Dernburg, *Z. R. G.*, 1863, p. 75 ; Karlowa, *der röm. Civilprozess zur Zeit der legis actionen*, 1872, p. 326 ; Kipp, *die Litis denuntiation als Prozesseinleitungsform*, 1887, p. 115 ; Mispoulet, *Horace et la procédure*, Revue de philologie, 1888, p. 1 s. ; Schulin, *Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts*, 1889, p. 523, 609 ; Schlossmann, *Z. S. St.*, 1905, p. 303, n. 2. — *Contrà* : Hartmann, *Contumacialverfahren*, 1851, p. 76 s.

(2) Cf. Cicéron, *in Verrem*, II, 1, 1 : *C. Verrem altera actione responsurum non esse neque ad judicium adfuturum... Praesto est, respondet, defenditur* ; II, 2, 40, 98 : *citat reum, non respondit.*

activement et de le traduire ainsi : « une personne ayant exigé de lui le *vadimonium* » (1). Quant à l'expression : *perdere litem*, il faut bien reconnaître qu'elle s'emploie ordinairement quand on veut parler du demandeur, mais il ne faut pas oublier que le mot *lis* est susceptible d'avoir plusieurs significations et qu'il est très souvent pris, dans les sources juridiques, dans le sens, non pas de « procès », mais de « chose litigieuse » (2). Or la condamnation du défendeur a pour effet de lui faire *perdere litem*, c'est-à-dire de lui faire perdre l'objet litigieux.

Mais ce qui doit, à notre avis, dissiper tous les doutes, c'est la fin de la satire, où nous voyons notre bavard appréhendé par son adversaire et traîné de force *in jus* après une prise à témoins (3). Il est impossible qu'un demandeur pût être traité de cette façon, alors même qu'il ne se serait pas présenté au jour qu'il avait fixé pour la comparution de son adversaire. Ce qui pouvait lui arriver de

(1) Etant donné le sens technique que nous avons donné à *respondere*, le mot *vadato* ne peut être qu'un ablatif absolu qui paraît bien ici avoir été pris adverbialement comme dans les expressions similaires : *auspicato*, *intestato*. En ce sens : Plessis et Lejay dans leur édition d'Horace, Paris, 1903, p. 350, n. 11. — Voir aussi : Wickham, *Œuvres d'Horace*, Oxford, II (1891), p. 94, n. 36.

(2) Cf. *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des röm. Rechts.*, 9e éd., par Seckel, 1907, p. 318, col. 2 ; Georges, *Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch*, II, 1880, col. 597, *in fine*.

(3) Horace, *Sat.*, 1, 9, 76 :

. . . . Casu venit obvius illi
Adversarius : et « Quo tu turpissime ? » magna
Exclamat voce ; et, « Licet antestari ? » Ego vero
Oppono auriculam ; rapit in jus : clamor utrinque ;
Undique concursus. Sic me servavit Apollo

pire, c'était d'être déchu de son droit, mais pour faire proclamer sa déchéance, point n'était besoin au défendeur de le traîner devant le magistrat. Il lui suffisait d'attendre qu'il le citât à nouveau en justice pour faire repousser sa demande en invoquant alors sa déchéance.

Bolanus est donc défendeur, et il devait comparaître en vertu d'un *vadimonium* qu'il avait promis à son adversaire. Mais comment expliquer que le fait de ne pas se présenter au jour dit ait pu entraîner pour lui la perte de plein droit de la chose litigieuse ? Comme nous l'avons vu, l'effet normal d'un *vadimonium desertum* était pour le défendeur défaillant sa condamnation à la *summa vadimonii* qui avait été expressément stipulée, ou, à défaut d'une *stipulatio pœnae*, sa condamnation au *quod interest* : dans les seuls cas de *judicatum* et de *depensum* sa condamnation pouvait s'élever au *quanti ea res erit*, c'est-à-dire à la valeur de la chose litigieuse. Mais la condamnation qu'il encourait alors du chef de l'*actio vadimonii deserti* laissait entièrement intacte son absolution ou sa condamnation éventuelle sur l'action principale. La procédure par défaut est en effet inconnue *in jure* pendant notre période, comme au temps des actions de la loi. Le procès ne peut se lier *in jure*, une condamnation ultérieure n'est possible, que si les deux plaideurs comparaissent devant le magistrat (1). Le passage d'Horace

(1) Il est aujourd'hui presque définitivement établi que la procédure par défaut, décrite dans D. 5, 1, *de jud.*, 68-75 et Paul, *Sent.*, 5, 5 a, 6 (7), et considérée par certains auteurs comme s'appliquant au

qui laisse supposer que le défendeur encourait de plein droit la perte de la chose litigieuse à la suite d'un *vadimonium desertum* est donc en contradiction absolue avec tous les principes de la procédure formulaire.

On a proposé deux sortes d'explication pour lever la difficulté (1) :

La première (2) consiste à supposer que, dans l'hypothèse de la satire d'Horace, il s'agissait soit d'un *depensum*, soit d'un *judicatum*, et que, la *summa vadimonii* s'élevant dans ces deux cas exceptionnels au *quanti ea res erit*, c'est-à-dire à la valeur de la chose litigieuse, le poète a

défaut *in jure*, n'a jamais fonctionné qu'en matière extraordinaire. En ce sens : Pernice, *Z. S. St.*, 1893, p. 160 s.; Kipp, *litis denuntiatio*, p. 141, qui se montre pourtant moins absolu dans Pauly-Wissowa, V° *Contumacia*, IV, p. 1168. Cf. Girard, *Manuel* [4], p. 1029, n. 4. En tout cas, les doutes qui peuvent s'élever pour l'époque des Antonins et des Sévères n'existent nullement pour celle où écrivait Horace.

(1) Nous laissons de côté les deux explications fantaisistes de Wieding et de Voigt que nous citons seulement pour être complet : Wieding, *der justinianeische Libellprozess*, 1865, p. 578 s., trouve dans le passage d'Horace un argument en faveur de son système d'après lequel, sous la procédure formulaire, le préteur, après plusieurs citations faites par le demandeur au défendeur, et dont ce dernier avait pu empêcher l'effet immédiat en promettant chaque fois le *vadimonium*, rendait un édit péremptoire qui, en cas de défaut du défendeur, avait pour sanction la condamnation de celui-ci. Ce serait à la suite d'un tel édit péremptoire du préteur que serait intervenue la condamnation du bavard d'Horace. — Voigt, *Vadimonium*, p. 316, pense que, dans l'hypothèse de la satire d'Horace, le fâcheux était un *vas* qui s'était constitué au profit d'un tiers. Nous n'avons pas besoin, ce nous semble, de critiquer ces deux explications.

(2) Elle a été principalement développée par Mommsen, *Jahrb. des gemeinen deutschen Rechts*, 1863, p. 390, n. 1, qui la présente comme étant la moins critiquable.

très bien pu confondre l'objet du *vadimonium* avec celui du procès principal. Car, en définitive, celui qui, sur l'action du *vadimonium*, était condamné à payer une somme d'argent égale à la valeur de l'objet litigieux, pouvait être considéré, en une certaine mesure, comme perdant (Horace, vers 37 : *perdere litem*) ou abandonnant (Horace, vers 41 : *relinquere rem*) la chose litigieuse.

La seconde explication (1) sous-entend une convention entre les parties, aux termes de laquelle le défaut de l'une ou de l'autre au jour fixé pour la comparution devait entraîner, pour le demandeur, la déchéance de son droit, pour le défendeur, la perte de l'objet du procès. De telles conventions auraient déjà existé au temps des actions de la loi pour éviter d'engager la responsabilité très lourde des *vades*.

Nous avons déjà dit combien nous paraissait douteux l'usage de pareilles conventions sous les *legis actiones* (2). Leur existence ne nous semble pas plus vraisemblable à l'époque de la procédure formulaire, car le préteur, en les sanctionnant, aurait violé ouvertement le principe qui continua à dominer la nouvelle procédure : à savoir que le procès ne peut pas naître tant qu'il y a défaut *in jure*. D'autre part, cette explication ne se concilie pas très bien avec les termes dont se sert Horace. Le mot *vadato* évoque l'idée d'un *vadimonium* imposé

(1) C'est celle de Karlowa, *legis actionen*, p. 326 s., que suit Kipp, *litis denuntiatio*, p. 118.
(2) Voir p. 15, n. 2.

de force au défendeur par le demandeur, par conséquent celle d'un acte unilatéral. Il exclut donc, à notre sens, l'hypothèse d'une convention réciproque qui aurait eu pour but de régler par avance les conséquences du défaut de chacune des deux parties. Enfin, et surtout, on ne comprend pas l'intérêt que pouvait avoir une telle convention, soit pour le demandeur, soit pour le défendeur. Car de deux choses l'une : ou le demandeur est convaincu du bien fondé de sa prétention, et dans ce cas il a intérêt à stipuler du défendeur une *summa vadimonii* : en effet, si ce dernier fait défaut, il l'attaquera d'abord par l'*actio vadimonii deserti* en paiement de la *poena* promise et le poursuivra ensuite par l'action principale ; ou le défendeur est sûr de triompher sur l'action principale. Comment expliquer alors qu'il accepte comme conséquence de sa non-comparution la perte de la chose litigieuse, puisqu'en promettant une simple *poena*, laquelle ne dépasse pas en règle générale la moitié de la valeur de la chose litigieuse, il était toujours certain, même en cas de défaut de sa part, de ne pas perdre toute la *res* ?

Pour toutes ces raisons nous croyons préférable d'adopter la première explication, qui a au moins le mérite d'être en harmonie complète avec toute la théorie du *vadimonium*.

B. — Conséquences de la non-comparution du demandeur.

Suétone raconte dans la vie de Caligula, 39, qu'à la suite de l'accaparement par cet empereur de toutes les

bêtes de trait et de tous les véhicules, le pain manqua à Rome, *et litigatorum plerique, quod occurrere absentes ad vadimonium non possent, causa caderent.* L'expression *causa cadere* s'appliquant ordinairement au demandeur (1), le passage de Suétone a pu être invoqué par beaucoup d'auteurs (2), pour soutenir que le fait de ne pas se présenter au jour fixé pour le *vadimonium* entraînait pour le demandeur la perte de son droit, sa déchéance. Faisons de suite remarquer ce qu'une telle sanction a d'extraordinaire, et combien elle cadre mal avec ce que nous savons du *vadimonium.* Comme nous l'avons vu, le *vadimonium* est, dans son essence même, un acte unilatéral, consistant en la promesse faite par le défendeur de comparaître tel jour devant le magistrat. Cet acte unilatéral ne peut donc engager le demandeur qui, lui, n'a rien

(1) Sources juridiques : Gaius, IV, 53 : *Si quis intentione plus complexus fuerit, causa cadit, id est rem perdit* ; IV, 68 : *praeterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur : quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat,* Paul, I, 10 : *Plus petendo causa cadimus.* Pour les autres textes, voir le *Vocabularium jurisprudentiae romanae,* I, p. 606, V° *Cado,* II, B.

Sources littéraires : *Rhet. Her.*, 1, 12, 22 : *et causa cadit is, qui non, quemadmodum oportet, egerit* ; Festus, p. 116, 19 : *litis* (*lite*) *cecidisse dicitur, qui ejus rei, de qua agebat, causam amisit* ; Quintilien, *inst. orat.*, 8, 3 : *cum si uno verbo sit erratum, tota causa cecidisse videamur.* Pour les autres textes, voir le *Thesaurus linguae latinae,* vol. III, fasc. I (1907), p. 25, ligne 67.

(2) Zimmern, *Traité des actions,* trad. Etienne, 1843, p. 346 ; Schlayer, *Z. für Civilrecht und Prozess, neue Folge,* IX, Giessen, 1851, p. 20 ; Hartmann, *Contumacialverfahren,* p. 82 ; Keller, *röm. Civilprocess,* ed. Wach, 1883, p. 248. *Contrà* : Bethmann Hollweg, *Civilprocess,* II, 1865, p. 572 ; Wlassak dans Pauly-Wissowa, V° *Absentia,* I, p. 120.

promis, a fait naître au contraire une obligation à son profit (1). Et comment expliquer qu'alors que le défendeur est tenu seulement, en règle générale, à payer, en cas de non-comparution, une *poena*, dont le montant ne peut dépasser la moitié de la valeur de la chose litigieuse, le demandeur, qui ne s'est en rien obligé, ait vu sa non comparution sanctionnée énergiquement par la perte de son droit ? Nous nous refusons donc à voir dans le passage de Suétone la consécration d'un tel système. Nous sommes disposé à croire que cet auteur a simplement voulu dire que le demandeur, dans l'impossibilité où il se trouvait de se présenter devant le magistrat, pouvait être déchu de son droit, soit que son retard ait eu pour conséquence de prescrire son action, soit que le défendeur ait profité de son absence pour usucaper. Quant à la relation qui semble exister dans notre passage entre, d'une part, le fait de *causa cadere* et, de l'autre, celui de *ad vadimonium non occurrere*, la constatation suivante est de nature à lui enlever toute sa portée. A l'époque de Caligula, comme nous le verrons, l'*in jus vocatio* n'était plus le seul mode de citation usité. On la remplaçait souvent par le *vadimonium* extrajudiciaire, *vadimonium* qui se trouvait modelé sur celui que le défendeur était appelé à promettre *in jure*, et qui servait à assurer la première comparution du défendeur devant le magistrat. L'expression *ad vadimonium*

(1) Il pouvait arriver que dans un même procès le demandeur fût aussi défendeur. Dans ce cas il y avait lieu à des *vadimonia* réciproques de la part des deux plaideurs. Ex. : actions en partage.

venire, ad vadimonium occurrere devint alors courante, en même temps qu'elle perdit le sens technique qu'elle avait à l'origine : elle signifia simplement le fait pour une personne quelconque, qu'elle fût défendeur ou même demandeur, de se rendre devant un tribunal, de comparaître en justice, et c'est de cette façon qu'il faut comprendre, à notre sens, les mots *ad vadimonium occurrere* de Suétone, comme d'ailleurs l'expression similaire du *pro Quinctio*, 5,22 : *res esse in vadimonium coepit* (1).

(1) Wenger, *Rechtshist. Papyrusstudien*, p. 80, pose la question de savoir si,en vertu du *jusjurandum calumniae* qu'il prêtait au moment où il fixait le montant du *vadimonium*, le demandeur,qui ne comparaissait pas au jour dit, ne pouvait pas être accusé de *calumnia* et encourir pour ce motif les peines du faux serment. Mais il la résout, avec raison, selon nous, par la négative.

CHAPITRE IV

SPHÈRE D'APPLICATION DU VADIMONIUM A ROME.

SECTION I. — Le vadimonium in jure et le vadimonium extrajudiciaire.

Sous la procédure formulaire, comme sous les actions de la loi, la fonction normale du *vadimonium* fut d'assurer la recomparution du défendeur *in jure*, quand les débats ne pouvaient être terminés le jour même. C'est là le rôle primordial du *vadimonium* et c'est celui que nous lui voyons jouer aussi bien dans le commentaire IV de Gaius que dans les commentaires sur l'Edit que l'on retrouve par bribes dans le Digeste. C'est ce *vadimonium in jure*, institution prétorienne, que nous avons eu surtout en vue au cours de nos développements antérieurs, et que nous avons voulu faire revivre en essayant de reconstituer ses conditions de forme et de fond, et en tentant de dégager ses effets.

Le *vadimonium* du droit prétorien nous est apparu comme une promesse, réalisée par voie de stipulation, de se présenter à un jour déterminé devant le préteur. La pratique ne tarda pas à s'apercevoir des avantages que pouvaient offrir de telles stipulations, et bientôt l'usage se répandit d'abandonner le procédé brutal et archaïque

de l'*in jus vocatio* pour assurer la première comparution du défendeur *in jure* à l'aide d'un *vadimonium* calqué sur celui que le préteur imposait au défendeur. Nous avons très peu de renseignements sur ce *vadimonium* extrajudiciaire (1). Nous savons qu'il est déjà très employé à l'époque de Cicéron (2) et qu'il devint le mode de citation usité entre gens de bonne société. Il repose entièrement sur l'accord des deux parties : le demandeur ne peut l'imposer au défendeur qui se refuse à le promettre. Mais, le plus souvent, le défendeur aura intérêt à s'engager à comparaître par *vadimonium*, car de cette façon il aura devant lui un certain temps pour préparer sa défense, réunir ses témoins, etc. C'est cet intérêt qui a pu longtemps faire croire que le défendeur pouvait, sous la procédure formulaire, arrêter l'*in jus vocatio* en promettant au demandeur par *vadimonium*, ordinairement garanti par des cautions, sa comparution ultérieure *in jure* (3). Mais les textes que l'on invoquait en faveur de

(1) Le *vadimonium* extrajudiciaire a été très peu étudié par les auteurs qui se contentent presque tous d'en reconnaître l'existence. Voir pourtant : Bethmann-Hollweg, *der Civilprocess*, II, p. 198, qui s'y arrête un peu plus longtemps.

(2) Cicéron, *pro Quinctio*, principalement 19, 61 : *Debere tibi dicis Quinctium ; procurator negat. Vadari vis ; promittit. In jus vocas, sequitur. Judicium postulas, non recusat* ; *pro Tullio*, 8, 20 : *Appellat Fabius, ut aut ipse Tullium deduceret aut ab eo deduceretur. Dicit deducturum se Tullius ; vadimonium Fabio Romam promissurum.*

(3) Parmi les auteurs qui ont soutenu cette théorie aujourd'hui vieillie, nous nous contenterons de citer : Rudorff, *röm. Rechtsgeschichte*, 2, p. 212 : Keller, *röm. Civilprocess*, § 47, n. 548 ; Muther, *Sequestration und Arrest*, 1856, p. 108.

cette opinion se rapportent au *vindex*, comme M. Lenel l'a démontré d'une façon péremptoire (1). Le *vadimonium* extrajudiciaire, dont nous avons maintenant à retracer les destinées, servit bien, avec le consentement du demandeur, à remplacer le procédé de l'*in jus vocatio*, mais rien n'autorise à croire que le défendeur ait pu contraindre le demandeur à s'en contenter à la place de l'*in jus vocatio*.

Un passage d'Aurelius Victor, *de Caesaribus*, XVI, 11, nous apprend que le *vadimonium* extrajudiciaire fut supprimé par Marc Aurèle qui lui substitua comme mode de citation la *litis denuntiatio* (2).

> « Legum ambigua mire distincta vadimoniorumque solemni remoto denuntiandae litis operiendaeque ad diem commode jus introductum ».

Qu'il s'agisse dans ce passage du *vadimonium* extrajudiciaire et non du *vadimonium in jure*, cela ressort

(1) Nous renvoyons aux explications que nous avons données dans notre chapitre introductif. Voir p. 40 et ss.

(2) La *litis denuntiatio* consistait en une sommation adressée par le demandeur au défendeur de se présenter devant le magistrat dans un délai qui était ordinairement de quatre mois. Si, à l'expiration de ce délai, le défendeur ne se présentait pas, on organisait vraisemblablement contre lui la procédure de la *contumacia*. Consulter sur la *litis denuntiatio*, outre les deux ouvrages de Kipp, *die Litis denuntiation als Processeinleitungsform*, 1887 ; *Die Processeinleitung durch Litisdenuntiation*, 1889, l'article du même auteur dans Pauly-Wissowa, V° *Denuntiatio*, V, p. 223. Il est possible que ce mode de citation n'ait jamais fonctionné qu'en matière extraordinaire. En ce sens : Girard, *Manuel*[4], p. 997, n. 1.

manifestement de l'opposition faite par Aurelius Victor entre la *litis denuntiatio*, mode de citation introductif d'instance, et le *vadimonium* qui, logiquement, ne peut être envisagé dans la même phrase que dans une fonction analogue. D'autre part, les termes mêmes employés par Aurelius Victor supposent bien que, dans son esprit, Marc Aurèle ne se contenta pas, soit de supprimer les solennités des *vadimonia* (1), soit simplement de permettre concurremment l'emploi du procédé plus commode de la *litis denuntiatio* (2), mais qu'il abrogea complètement les *vadimonia* pour leur substituer la *litis denuntiatio* (3).

Quel crédit doit-on accorder au récit d'Aurelius Victor? Faut-il ajouter foi à cette prétendue réforme de Marc Aurèle? La première raison de douter, c'est la valeur médiocre que présente, comme historien, Aurelius Victor. Il écrit sous l'empereur Constance, au IVe siècle

(1) En ce sens Zenger, *Ueber das Vadimonium der Römer*, 1826, p. 92. Il est impossible que ce qu'Aurelius Victor désigne par les mots : *jus denuntiandae litis opperiendaeque ad diem* soit le *vadimonium* dépouillé de toutes ses solennités ; car tandis que, dans son essence même, le *vadimonium* a un caractère contractuel, ce qui distingue le *jus denuntiandae litis*, c'est d'émaner du demandeur seul, sans que l'intervention du défendeur soit en quoi que ce soit nécessaire. Quant au mot *solenni*, il n'évoque pas forcément l'idée de solennité. Il signifie simplement : « usuel, habituel » et a trait à l'usage courant des *vadimonia*.

(2) En ce sens : Bethmann-Hollweg, 2, p. 202, n. 33 ; Baron, *der Denuntiationsprocess*, 1887, p. 70. — Ces auteurs s'appuient sur le mot *remoto* qui, d'après eux, évoque seulement l'idée d'éloignement et non celle d'abrogation, de suppression.

(3) En notre sens Kipp, *litis denuntiatio*, p. 172.

après J.-C.,et son œuvre contient de nombreuses erreurs certaines (1). L'autre raison, plus décisive à notre sens, c'est que rien ne prouve que le *vadimonium* extrajudiciaire ait disparu avec Marc Aurèle. Il n'est peut-être pas impossible d'en retrouver des vestiges après cet empereur. Si on laisse de côté certains textes littéraires qui semblent bien employer le mot *vadimonium* dans le sens de procédé de citation extrajudiciaire (2), le Digeste lui-même contient plusieurs fragments qui paraissent en supposer la survivance après Marc Aurèle (3). Il importe donc, à notre avis, d'accueillir avec la plus grande réserve le récit d'Aurelius Victor.

SECTION II. — Le vadimonium et le judicium.

Nous pensons que, pas plus sous la procédure formulaire que sous les *legis actiones*, le *vadimonium* ne servit à assurer la comparution du défendeur *in judicio*. Non seulement l'opinion contraire ne trouve aucun appui sérieux dans les sources, mais elle est encore dé-

(1) C'est ainsi que, quelques lignes plus loin, Aurelius Victor attribue à Marc-Aurèle la réforme de Caracalla qui consista à accorder le droit de cité à tous les habitants de l'empire.

(2) Ammianus Marcellinus (ɪvᵉ s. après J.-C.), 30, 4 : *in his primus coetus est eorum, qui seminando diversa jurgia per vadimonia mille jactantur*.

(3) Outre les textes cités, p. 71, n. 1 et 2, nous signalerons : Ulpien, 74 *ad ed.*, D. 44, 2, 5 : *si quis mandati acturus, cum ei adversarius judicio sistendi causa* [Lenel, *Pal.*, 1658 = vadimonium] *promisisset....* ; Paul, 1 *ad Plautium*, D. 2, 11, 10, § 2 : *qui injuriarum acturus est....*

mentie par les principes qui continuèrent à régler, selon nous, le défaut *in judicio* sous la procédure formulaire. L'argument qu'on a voulu tirer de Gaius, IV, 184, où le mot *negotium* devrait s'entendre de l'opération tout entière, comprendre par suite aussi bien la phase *in jure* que la phase *in judicio*, ne mérite même pas qu'on s'y arrête un instant pour le réfuter : la manière dont s'exprime Gaius montre bien qu'un *vadimonium* n'était conclu qu'exceptionnellement ; or il aurait dû intervenir chaque fois un *vadimonium*, s'il avait servi à assurer la comparution du défendeur *in judicio*. Celui qui s'appuie sur un passage de Pline l'ancien (1), où l'on voit un personnage, qualifié de *judex*, expirer *dum vadimonium differre jubet* n'a pas une plus grande valeur quand on remarque que *judex* s'emploie là pour *jus dicens* (2). Quant à la loi 10, § 2 au Digeste, 2, 11, qui semble supposer qu'un *vadimonium* pouvait être conclu *post litem contestatam*, on s'accorde aujourd'hui pour lui faire subir un remaniement : les mots *ante litem contestatam* doivent être changés de place et mis à côté de *mortuus est* (3).

Il faudrait des textes plus probants pour fortifier un système qui ne cadre pas avec les conséquences qu'en-

(1) *Hist. nat.*, VII, 53 (54).

(2) En ce sens : Hartmann, *Contumacialverfahren*, p. 248 ; Voigt, *Vadimonium*, p. 317, n. 56. — Comp. avec Juvenal, III, 213 : *differt vadimonia praetor*.

(3) En ce sens : Mommsen, Lenel, Naber, *Mnemosyne, nova series*, 1889, p. 122 ; Koschaker, *translatio judicii*, 1905, p. 37, n. 1. — Voir le texte remanié, p. 78, n. 1.

traînait le défaut *in judicio*. Tout laisse supposer en effet que la règle des XII tables : *post meridiem praesenti litem addicito* continua à être appliquée sous la procédure formulaire (1). Quel intérêt pouvait donc avoir le demandeur à assurer la comparution du défendeur devant le juge ?

SECTION III. — **Le vadimonium et la procédure criminelle.**

L'usage de constituer des *vades* pour éviter la détention préventive ne survécut pas à la loi Aebutia. Avec l'apparition de la procédure formulaire et celle, sensiblement contemporaine, des premières *quaestiones perpetuae* (2), une nouvelle phase s'ouvre pour l'histoire de la procédure criminelle ; les principes que nous avons vu dominer toute la période antérieure se trouvent renversés : le citoyen romain acquiert le droit de garder sa liberté, même quand une accusation criminelle est portée contre lui, et tant qu'il n'a pas été condamné, il ne peut

(1) Nous ne pouvons entrer dans le détail de la question du défaut *in judicio*. La solution adoptée au texte est celle qui triomphe aujourd'hui, depuis la démonstration de M. Pernice, *Z. S. St.*, 1893, p. 160 s. — Cf. aussi Eisele, *Abhandlungen zum römischen Civilprocess*, 1889, p. 187, n. 54 ; Wlassak, dans Pauly-Wissowa, V° *Absentia*, I, p. 121 ; Girard, *Manuel*[4], p. 1029, n. 3 ; Kipp, dans Pauly-Wissowa, V° *Eremodicium*, VI, p. 417.

(2) La première *Quaestio* fut créée par un plébiscite de l'an 605 de Rome. *Cons.* Mommsen, *Strafrecht*, p. 201 s. [*Dr. pénal*, I, p. 233 s.].

être arrêté ni incarcéré sur l'ordre d'un magistrat (1). Tel est le nouveau principe. Mais en fait les accusés ne jouissaient pas, la plupart du temps, d'une liberté complète. La pratique imagina un régime intermédiaire entre l'incarcération et la liberté. C'est la *libera custodia* que l'on voit apparaître dans les dernières années de l'époque républicaine (2) : l'accusé, au lieu d'être détenu dans une prison publique, est remis à la garde d'un personnage connu (ordinairement un magistrat), qui se charge de le surveiller et de l'empêcher de fuir (3).

Le régime de la *libera custodia* n'eut qu'une durée assez courte : il céda la place, sous le principat, à un système qui présente une grande analogie avec celui de la période antérieure. Le droit pour le magistrat de garder un accusé en état de détention préventive est rétabli, mais l'accusé peut être traité moins durement : le magistrat, s'il le juge bon, a la faculté, ou de le laisser libre sans condition, ou de le confier à une *militaris custo-*

(1) La loi de César sur la violence défendit expressément aux magistrats d'arrêter un citoyen romain. Cf. Paul, *Sent.*, 5, 26, 1.

(2) Nous la voyons employée lors de la conjuration de Catilina : Salluste, *Catil.*, 47 : *Senatus decernit « uti, abdicato magistratu, Lentulus, item ceteri, in liberis custodiis haberentur ». Itaque Lentulus P. Lentulo Spintheri, qui tum aedilis erat, Cethegus Q. Cornificio, Statilius C. Caesari, Gabinius M. Crasso, Caeparius Cn. Terentio senatori traduntur.*

(3) *Cons.* sur la *libera custodia* : Krauss, *Im Kerker vor und nach Christus*, 1895, p. 73 ; Mommsen, *Strafrecht*, p. 305 [*Dr. pénal*, I, p. 357] ; Hitzig, dans Pauly-Wissowa, V° *Carcer*, III, p. 1577, V° *Custodia*, IV, p. 1897, *in fine*.

dia (1), ou enfin de lui rendre la liberté s'il consent à fournir des cautions (*fidejussores*) (2).

De ces quatre alternatives qui s'offraient au magistrat, nous ne retiendrons que la dernière, comme présentant un certain intérêt pour notre sujet. Ces *fidejussores*, qui garantissaient la comparution de l'accusé devant le tribunal, ressemblent singulièrement aux anciens *vades publici* de la période des actions de la loi. Sans doute ils ne s'engagent plus dans des formes solennelles spéciales, mais ils remplissent un rôle identique. Aussi n'est-il pas étonnant que, dans les sources littéraires, ils soient qualifiés de *vades* (3). Comme les anciens *vades*, ils s'engageaient à payer une certaine somme d'argent au cas de la non-comparution de l'accusé (4). Ce qui les en

(1) La *militaris custodia* consistait en ce que l'accusé était remis à la garde d'un ou de plusieurs soldats, ordinairement de deux, qui étaient chargés spécialement de veiller sur lui. *Cons.* Hitzig, dans Pauly-Wissowa, V° *Custodia*, IV, p. 1898.

(2) Ulpien, 2 *de officio proconsulis*, D. 48, 3, 1 : *De custodia reorum proconsul aestimare solet, utrum in carcerem recipienda sit persona an militi tradenda vel fidejussoribus committenda vel etiam sibi. Hoc autem vel pro criminis quod obicitur qualitate vel propter honorem aut propter amplissimas facultates vel pro innocentia personae vel pro dignitate ejus qui accusatur facere solet.*

(3) Tacite, *Annales*, 5, 8 : *neque aliud periclitantibus auxilii quam in fratrem constantia fuit, qui vades exstitere.* Symmaque, *Ep.*, 10, 23, 10 : *ut Felix vadibus... traderetur* ; Festus, *Ep.*, p. 377 : *Vadem sponsorem datum in re capitali* ; Ausone, *Technopaegn.*, XII (Ed. Peiper, 1886, p. 165, 101, 102) : *Quis subit in poenam capitali judicio ? Vas.*

(4) Ulpien, 9 *de officio proconsulis*, D. 48, 3, 4 : *Si quis reum criminis, pro quo satisdedit, non exhibuerit, poena pecuniaria plectitur. Puto tamen si dolo non exhibeat, etiam extra ordinem esse damnandum. Sed si neque in cautione neque in decreto praesidis certa quantitas com-*

distinguait, c'était la faculté qui leur était reconnue de veiller eux-mêmes sur l'accusé dont ils avaient garanti la comparution, et de le tenir en charte privée (*custodia privata*).

praehensa est, ac nec consuetudo ostenditur, quae certam formam habet, praeses de modo pecuniae, quae inferri oporteat, statuet. — Voir les actes de cautionnement égyptiens cités par Mommsen, *Strafrecht*, p. 331, n. 1. [*Dr. pénal*, I, p. 387, n. 5].

CHAPITRE V

SPHÈRE D'APPLICATION DU VADIMONIUM HORS DE ROME.

SECTION I. — **Le vadimonium en Italie.**

A la suite de la guerre sociale (663 de Rome, 91 avant J.-C.) le droit de cité romaine fut accordé à toutes les cités d'Italie qui ne l'avaient pas encore, d'abord en 664 par les lois Julia et Plautia Papiria à certaines d'entre elles qui avaient déposé les armes, puis, par des sénatus-consultes, successivement à toutes (1). L'extension du droit de cité modifia profondément la situation de l'Italie : la conséquence la plus importante fut, sans contredit, la formation du régime municipal romain. A la tête de chaque *civitas* fut placée une autorité supérieure, ordinairement exercée par quatre personnes : deux hauts fonctionnaires judiciaires et deux édiles : les *duoviri jure dicundo* et les *duoviri aediles*, appelés, dans certaines localités, *quatuorviri jure dicundo* et *quatuorviri aediles* (2).

Comme leur nom l'indique, les *duoviri jure dicundo* ou *quatuorviri jure dicundo* avaient comme principale attri-

(1) Esmein, *Mélanges d'histoire du droit*, 1886, p. 271

(2) Marquardt, *Organisation de l'empire romain*, I, p. 207 ; Liebenam dans Pauly-Wissowa, V° *Duoviri*, V, p. 1804 s.

bution celle d'exercer la juridiction au criminel et au civil. Toutefois leur compétence n'était pas générale en matière civile : ils ne pouvaient organiser l'instance que dans les procès dont l'objet ne dépassait pas un certain taux (2), qui paraît avoir varié suivant les *civitates* (1) : dans la loi Rubria de Gallia Cisalpina, il est fixé à 15.000 sesterces (3), tandis qu'il n'est que de 10.000 sesterces dans le fragment d'Este (4).

Pour tous les procès qui dépassaient le taux légal, le

(1) Certaines actions étaient cependant de la compétence exclusive du magistrat de Rome, quel que fut leur taux. Il en était ainsi des *causae famosae et liberales* : Isidor, XV, 2, 10 : *liberales et famosissimae causae ibi* (*id est in municipiis*) *non aguntur*. Voir p. 120. Par contre il paraît bien résulter de la loi Rubria de Gallia Cisalpina, c. 22 : *et si ea res erit, de qua re omnei pecunia ibi jus deicei judicave* ... que certaines *res*, que la loi n'indique malheureusement pas, étaient toujours déférées au magistrat municipal, si élevé que pût être leur montant.

(2) Il est fait plusieurs fois mention dans le Digeste du taux qui déterminait la compétence du magistrat municipal : D. 2, 1, 19 § 1 ; 20 *h. t.* ; D. 50, 1, 28. Comp. Paul, *Sent.*, V, 5 a, 1 : *res judicatae videntur... a magistratibus municipalibus usque ad summam, qua jus dicere possunt*.

(3) *Lex Rubria*, c. 21 et 22.

(4) C'est l'interprétation du premier alinéa du fragment d'Este (Girard, *Textes* [3], p. 77) qui nous semble préférable. Mommsen, dominé par l'idée que le bronze d'Este n'est qu'un fragment de la loi Rubria, soutient (*Hermes*, 1882, p. 38) que le taux de 10.000 sesterces dont parle notre fragment ne serait qu'un taux spécial aux actions infamantes. Mais l'unanimité des auteurs s'accorde au contraire aujourd'hui pour y voir le taux général d'une loi distincte. Tout le passage veut simplement dire qu'avec le consentement du défendeur, le magistrat municipal pouvait être rendu compétent, en matière d'actions infamantes, jusqu'à concurrence du taux général de 10.000 sesterces. Comp. Girard, *Textes* [3], p. 76 ; Appleton, *Revue gén.du Dr.*, 1900, p. 210 s.

magistrat municipal n'était plus compétent : l'affaire devait être renvoyée devant le préteur de Rome, à moins que les parties ne préférassent — ce qui était leur droit — rendre compétent le magistrat local par une *prorogatio fori* (1).

Mais si elles ne pouvaient se mettre d'accord sur ce

(1) La question est controversée de savoir si la *prorogatio fori* était possible avant la *lex Julia judiciorum privatorum* d'Auguste, de l'an 737 d'après MM. Wlassak, *Röm. Processgesetze*, 1, 1888, p. 173 ss. et Girard, *Manuel* [4], p. 994. La raison qui a fait douter certains auteurs comme Wetzell, *System*, p. 480, n. 28 ; Glück, *Erläuterungen*, II[1], p. 170 ; Heffter, *System*, p. 198, n. 121, est un texte d'Ulpien, 2 *ad ed.*, D. 5, 1, 2 § 1, qui semble dire que c'est cette loi qui organisa la *prorogatio fori* : *lex Julia judiciorum ait : quominus inter privatos conveniat*. Mais on peut très bien soutenir que la *prorogatio fori*, existant déjà à l'état de coutume, a été consacrée par la *lex Julia* d'Auguste. On peut en ce sens tirer un argument du mot *quominus* qui, par les exemples que nous fournissent les lois dont le texte original nous a été rapporté, doit être entendu comme s'il était précédé de la formule : *hac lege nihil rogato*. Cf. Bethmann-Hollweg, *Civilprocess*, II, p. 120, n. 18, 19 ; Deybeck, *der Gerichtstand der Vereinbarung in historicher und dogmatischer Darstellung*, Erlangen, 1888, p. 1 s. — Le principe de la *prorogatio fori* est formulé par Ulpien, 2 *ad ed.*, 5,1, 1, *Pal.*, 194 : *Si se subiciant aliqui jurisdictioni et consentiant, inter consentientes cujusvis judicis* (le mot *judicis* n'est sûrement pas d'Ulpien. Cf. Lenel, n. 5), *qui tribunali praeest* (les mots *tribunali praeest* ne sont pas plus d'Ulpien. Cf. Pernice, *Z. S. St.*, 1893, p. 136, n. 5 *in fine* ; *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des röm. Rechts*, 9e éd. par Seckel, 1907, V° *praeesse* et *tribunal*), *vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio*. Une application du principe est faite aux magistrats municipaux par Paul, 1 *ad ed.*, D. 50, 1, 28, *Pal.*, 83 : *Inter convenientes et de re majori apud magistratus municipales agetur*. Le consentement des plaideurs est seul indispensable ; celui du magistrat n'est pas nécessaire : Cf. Ulpien, 2 *ad ed.*, D. 5, 1, 2, § 1. *Cons.* sur la *prorogatio fori* l'Inaugural diss. de Hartmann, *die Bedeutung der Contumacia des Beklagten für die Zuständigkeit des Gerichts im Hinblick auf die Prorogatio fori*, Erlangen, 1895, p. 7 s.

point et que l'une d'elles exigeât le renvoi du procès à Rome, comment arrivait-on à saisir le préteur? Le procédé de l'*in jus vocatio* était impraticable : le demandeur ne pouvait amener lui-même son adversaire à Rome. La pratique imagina un biais : le demandeur n'avait qu'à appeler par une *in jus vocatio* son adversaire devant le magistrat municipal. Ce dernier, après s'être déclaré incompétent, forçait alors le défendeur à promettre par *vadimonium* sa comparution à un jour déterminé devant le magistrat de Rome (1). C'est là l'intéressant *vadimonium* de place à place, le *vadimonium Romam faciendum* (2), que nous allons, pour plus de clarté, étudier successivement dans les deux groupes, bien distincts, de documents qui en parlent : nous commencerons par passer en revue les principaux textes épars dans le Digeste, qui y étaient relatifs, et tâcherons d'en extraire les principes qui le régissaient dans l'Edit du préteur. Nous nous demanderons ensuite si le *vadimonium Romam* dont

(1) Un seul texte littéraire bien net vise le *vadimonium Romam faciendum*. C'est un passage des Verrines, II, 5, 13, 34, *unum illud, quod ita fuit illustre notumque omnibus, ut nemo tam rusticanus homo, L. Lucullo et M. Cotta consulibus, Romam ex ullo municipio vadimonii causa venerit.....* Peut-être faut-il y voir aussi une allusion dans Horace, *Sat.*, I, 1, 11, *ille, datis vadibus, qui rure extractus in urbemst* ... Voir sur ce texte : Schlossman, *Z. S. St.,* 1905, p. 302.

(2) Il est très vraisemblable que le *vadimonium Romam faciendum* fonctionna, avant la loi Julia de 664, dans les préfectures italiques, où la compétence du délégué du préteur de Rome, du préfet, a très bien pu être restreinte aux affaires les moins importantes. Cf. en ce sens : Mommsen, *Dr. public,* VI, 2, p. 195, n. 2 ; Girard, *Organis.*, I, p. 302.

parle le chapitre 21 *in fine* de la loi Rubria est bien le *vadimonium* que le magistrat local imposait au défendeur quand l'affaire excédait sa compétence, ou s'il ne faut pas plutôt l'entendre du *vadimonium* qui fonctionnait dans l'hypothèse voisine du *jus domum revocandi*.

§ 1. — Réglementation par l'Edit du vadimonium Romam faciendum.

Nous ne pouvons que suivre ici M. Lenel, qui a consacré aux dispositions de l'Edit, relatives au *vadimonium Romam faciendum*, une partie importante de l'une des études qui sert de complément à son grand ouvrage sur la reconstitution de l'Edit perpétuel (1).

La matière du *vadimonium Romam faciendum* était traitée dans l'Edit au titre I *ad legem municipalem*, et commentée, croyons-nous, par Paul à la fin du livre 1 de son commentaire *ad edictum* et dans tout le livre 2, par Ulpien dans son livre 2 en entier et au commencement de son livre 3 (2).

Il est possible de grouper sous quelques rubriques les principales dispositions de l'Edit qui se laissent deviner

(1) Lenel, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, *Z. S. St.*, 1881, p. 35 s. Cf. *l'Edit*, I, p. 62 ; *Ed. perp.* [2], p. 55.

(2) Cette idée émise pour la première fois par M. Girard, *N. R. H.*, 1904, p. 142 s. nous paraît des plus séduisantes. Elle a le grand avantage d'expliquer l'origine et la raison d'être de certaines dispositions qui ne se rattachaient à aucune des clauses étudiées dans le livre 1 de Paul et dans le livre 3 d'Ulpien.

dans les textes du Digeste, pour la plupart très énigmatiques :

1. *Détermination du délai de comparution.* — Ce délai variait suivant la distance qui séparait de Rome la *civitas* où était promis le *vadimonium*. Il était d'un jour pour une distance de vingt milles ou d'une fraction de vingt milles, sans que l'on fasse entrer dans le calcul le jour où le *vadimonium* était promis ni celui où devait avoir lieu la comparution (1).

2. *Calcul de la valeur de la chose litigieuse* (2). — Gaius passe en revue plusieurs hypothèses douteuses dans lesquelles il se demande qui sera compétent du magistrat municipal ou du magistrat de Rome. Il se prononce pour

(1) Gaius, 1 *ad ed. prov.*, D. 2, 11, 1, *Pal.*, 55 : *Vicena milia passuum in singulos dies dinumerari praetor jubet praeter eum diem, quo cautum* [Lenel = vadimonium] *promittitur, et in quem sistere in judicium oportet. Nam sane talis itineris dinumeratio neutri litigatorum onerosa est* ; Ulpien, 2 *ad ed.*, D. 50, 16, 3, pr., *Pal.*, 205 : « *Itinere faciendo viginti milia passuum in dies singulos peragenda* » *sic sunt accipienda, ut, si post hanc dinumerationem minus quam viginti milia supersint, integrum diem occupent....* Les distances étaient calculées des portes de Rome, ce qui explique le mot *Urbs* commenté par Paul, 1 *ad ed.*, D. 50, 16, 2, pr., *Pal.*, 93. Cf. Girard, *N. R. H.*, 1904, p. 143.

(2) C'est à cet ordre d'idées que se rapporte vraisemblablement la définition que donne du mot *res*. Paul, 2 *ad ed.*, D. 50, 16, 5, *Pal.*, 105 : *rei appellatio latior est quam pecuniae, quia etiam ea quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet, cum pecuniae significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt.* Il ne faut pas, pour la limitation des compétences, prendre seulement en considération les actions qui comptent dans le patrimoine du demandeur, mais encore celles qui, comme l'action d'injures (D. 47,10, 28) et les actions populaires (D. 35, 2, 32,pr.), *in bonis nostris computantur*. Comp. Lenel, *Z. S. St.*, 1881, p. 43.

la compétence du magistrat local dans l'hypothèse où le demandeur poursuivrait le défendeur par plusieurs actions distinctes de chacune desquelles le montant ne dépasse pas le taux légal (1). Il déclare, d'autre part, que relativement aux actions en partage, la compétence ne doit pas être établie d'après la valeur d'une seule part, mais d'après la valeur de la masse entière *quia et tota res in judicium venit et vel uni adjudicari potest* (2).

3. *Compétence exclusive du magistrat de Rome en matière d'actions infamantes et de causae liberales.* — On comprend très bien que le défendeur, qui risque son honneur, ait intérêt à ce qu'une action infamante soit jugée par le magistrat supérieur. C'est le même motif qui fit enlever les *causae liberales* à la compétence des magistrats municipaux. *Libertas inaestimabilis res est*, déclare Paul (3) en pensant à la raison de cette exclusion. L'Edit devait à cet endroit faire l'énumération des actions infamantes (4).

4. *Sanction du refus par le défendeur de promettre le vadimonium Romam.* — L'Edit parlait sans doute de l'action pénale dont il est fait mention dans le chapitre

(1) Gaius, 1 *ad ed. prov.*, D. 2, 1, 11, *Pal.*, 56 : *Si idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum singularum quantitas intra jurisdictionem judicantis sit, coacervatio vero omnium excedat modum jurisdictionis ejus : apud eum agi posse Sabino Cassio Proculo placuit : quae sententia rescripto imperatoris Antonini confirmata est.*

(2) Gaius au même endroit, *in fine*. A rapprocher de Ulpien, 2 *ad ed.*, D. 10, 2, 55, *Pal.*, 195.

(3) Paul, 2 *ad ed.*, D. 50, 17, 106. *Pal.*, 107.

(4) Nous renvoyons aux textes cités par Lenel, *loc. cit.*, p. 37.

21 *in fine* de la *lex Rubria*, à l'examen duquel nous sommes naturellement amené (1).

§ 2.— Le vadimonium Romam faciendum dans le chapitre 21 *in fine* de la loi Rubria (2).

Le chapitre 21 de la loi Rubria est relatif dans son ensemble à la *confessio* et à l'*indefensio in jure* se produisant devant le magistrat municipal sur une *actio certae creditae pecuniae* qui ne dépasse pas 15.000 sesterces. Il décide que, le *confessus* et l'*indefensus* étant réputés *judicati*, le magistrat municipal pourra pour cette créance procéder à l'exécution sur la personne.

Ce chapitre 21 se termine par une disposition relative au *vadimonium Romam* et au *vindex* qu'il est assez difficile de rattacher au début du chapitre 21 et au chapitre suivant qui, lui, traite de la *confessio* et de l'*indefensio in jure* ayant lieu devant le magistrat municipal sur une action différente de l'*actio certae creditae pecuniae* et repousse dans ce cas l'exécution sur la personne.

(1) Nous laissons de côté tous les textes imprécis ou peu intéressants qui se rapportent au *vadimonium Romam faciendum*. On en trouvera l'énumération et le commentaire dans Lenel, *loc. cit.*, p. 38 s. Il est possible que l'Edit contenait des dispositions sur la manière dont était fourni le *vadimonium* (*pure* ou *cum satisdatione* ou *jurejurando* ou *recuperatoribus suppositis*). Cf. Lenel, *l'Edit*, I, p. 63 ; *Ed. perp.*², p. 55. Le *vadimonium recuperatoribus suppositis* semble bien avoir été exclu : voir p. 53, et Wenger, *Rechtsh. Papyrusstudien*, p. 73.

(2) La loi Rubria de Gallia Cisalpina doit être localisée entre l'année 705, où le droit de cité fut concédé à la Gaule Cisalpine, et l'année 712, où eut lieu la réunion de la Gaule Cisalpine à l'Italie. Cf. Girard, *Textes* ³, p. 70.

Cette disposition est ainsi conçue :

« Quo minus in eum, quei ita vadimonium Romam ex decreto ejus, quei ibei j(ure) d(eicundo) p(raerit),non prom eisserit aut vindicem locupletem ita non dederit, ob e(am) r(em) judicium recup(erationem) is, quei ibei j(ure) d(eicundo) p(raerit), ex h. l. det judicareique d(e) e(a) r(e) ibei curet, ex. h. l. n(ihilum) r(ogatur) (1) ».

Avant de chercher à expliquer la raison d'être de cette disposition, il est nécessaire d'être fixé sur sa véritable portée. Dans quel rapport se trouvent l'une vis-à-vis de l'autre les deux hypothèses visées au texte ? Telle est la question primordiale que nous devons résoudre.

Deux hypothèses sont prévues par la loi : celle où une personne ne promet pas le *vadimonium Romam*, et celle où une personne n'a pas donné de *vindex locuples*.

Nous pensons avec M. Lenel (2) qu'il s'agit là de deux hypothèses entièrement distinctes : la première se rapporte à la matière du *vadimonium Romam*, la seconde à celle du *vindex*. Il est impossible d'y voir, comme le vou-

(1) *Traduction* : Cette loi ne prescrit rien pour empêcher que, contre celui qui n'aura pas promis le *vadimonium Romam* en vertu du décret de celui qui préside à la juridiction en cet endroit ou qui n'aura pas donné de *vindex locuples*, celui qui préside à la juridiction en cet endroit donne conformément à cette loi une action ou une *recuperatio* pour cette cause et prescrive qu'un jugement soit rendu pour cette cause.

(2) Lenel, *Z. S. St.*, 1904, p. 245 s.

drait M. Schlossmann (1), deux hypothèses connexes se rapportant toutes deux au *vadimonium Romam faciendum*, le *vindex locuples* devant être entendu de la caution garantissant un *vadimonium cum satisdatione*. Comment en effet expliquer que la loi Rubria, dans son chapitre 21, emploie le mot *vindex* pour désigner la caution garantissant un *vadimonium*, alors que, dans le chapitre 20, nous rencontrons le mot technique *satisdare* ? D'autre part, si on examine le texte dans sa structure grammaticale, on remarque que les mots : *ex decreto ejus*... sont intercalés entre *vadimonium Romam* et *non promeisserit*. De même, la répétition de *ita* derrière *locupletem* prouve bien qu'il s'agit là de deux hypothèses complètement distinctes.

De ces deux hypothèses, une seule nous intéresse : c'est celle où une personne, citée devant le magistrat municipal, refuse de promettre le *vadimonium Romam*. Dans quelles circonstances pouvait intervenir ce refus dont la fin du chapitre 21 nous indique la sanction ? On serait tenté de croire qu'il s'agit dans cette disposition du *vadimonium Romam* que le magistrat municipal imposait au défendeur quand l'affaire excédait par son taux élevé sa compétence, et que son renvoi à Rome était nécessaire. Mais la place que notre texte occupe dans la loi Rubria n'autorise en rien, croyons-nous, cette manière de voir. Comme nous l'avons déjà dit, il se trouve à la fin du cha-

(1) Schlossmann, *Z. S. St.*, 1903, p. 289; *Z.* de Grünhut, 1905, p. 201.

pitre 21 qui prévoit l'hypothèse d'une *confessio* ou d'une *indefensio in jure* sur une *actio certae creditae pecuniae* ne dépassant pas 15.000 sesterces, c'est-à-dire le taux légal de la compétence du magistrat municipal dans la Gaule Cisalpine. Il doit donc former un tout complet avec cette disposition principale et se rapporter à la même hypothèse qu'elle. Par conséquent le *vadimonium Romam* dont il est parlé dans cette fin de chapitre intervenait dans le cas tout spécial où il s'agissait d'une *actio certae creditae pecuniae* inférieure à 15.000 sesterces. Mais alors on ne peut plus parler d'une incompétence *ratione materiae* du magistrat municipal et on doit forcément trouver au *vadimonium Romam* du chapitre 21 de la loi Rubria une autre application que celle que nous lui avons reconnue jusqu'ici. Il s'agit, croyons-nous avec M. Schrutka (1), du *vadimonium* qui fonctionnait dans l'hypothèse du *jus domum revocandi*, où le magistrat municipal se trouvait incompétent non pas *ratione materiae*, mais *ratione personae* (2) : le défendeur, cité devant le magistrat municipal

(1) Schrutka-Rechtenstamm, *Ueber den Schlusssatz in Cap. XXI legis Rubriae de Gallia Cisalpina* dans les Sitzunsberichte der philosophisch-historischen Classe der kais. Akademie der Wissenschaften in Wien, t. 106, 1884, p. 469 s.

(2) Le *jus domum revocandi* que nous avons déjà rencontré à propos du *vadimonium purum* (v. p. 49) fonctionnait aussi bien en Italie que dans les provinces et à Rome. C'était même à Rome, où affluaient les habitants de l'empire, qu'il devait être invoqué le plus souvent. Le préteur statuait sur chaque cas : Ulpien, 3 *ad ed.* D. 5, 1,2 § 6, *Pal.*, 213 : *Sed si dubitetur, utrum in ea quis causa sit, ut domum revocare possit nec ne, ipse praetor debet causa cognita statuere.* S'il se prononçait pour la *revocatio domum*, le préteur imposait alors le

sur une *actio certae creditae pecuniae* inférieure à 15.000 sesterces, excipait de son droit d'être actionné devant le tribunal de sa ville d'origine. C'est, par exemple, un citoyen habitant Rome qui a été envoyé dans un municipe comme membre d'une ambassade. Il pouvait décliner la compétence du magistrat municipal et exiger le renvoi de l'affaire devant le préteur de Rome. Mais, comme dans l'hypothèse où la demande excédait le taux légal, le magistrat municipal imposait au défendeur le *vadimonium* pour assurer sa comparution ultérieure devant le tribunal auquel il prétendait appartenir (1).

vadimonium au défendeur. Toutefois il ne semble pas que le *vadimonium* ait toujours servi à assurer l'exercice du *jus domum revocandi*. Un texte de Paul,17 *ad Plautium*, D. 5,1, 28 § 4, *Pal.*,1231 : *Sed et si dies actionis exitura erit,causa cognita adversus eum judiciumpraetor dare debet, ut lis contestetur ita, ut in provinciam transferatur*,nous apprend que quand l'action était sur le point d'être prescrite, le préteur organisait lui-même le *judicium*, faisait faire *litis contestatio* : *ita ut in provinciam transferatur*. On a proposé plusieurs explications de ce texte. Keller, *Ueber Litis Contestation und Urtheil*, 1827, p. 46 s., pense que le juge était nommé non pas par le préteur de Rome, mais par le gouverneur de la province, et que par conséquent la formule délivrée par le préteur devait contenir les mots suivants : *Judex esto quem Titius propraetor dabit*. M. Lenel invoque ce texte à l'appui de sa doctrine d'après laquelle la nomination du juge n'avait pas lieu au moment de la *litis contestatio*, *Z. S. St.*, 1903, p. 338. *Contrà* : Koschaker, *Translatio judicii*, 1905, p. 317. Nous préférons l'explication suivant laquelle le préteur nommait un juré de Rome que le gouverneur remplaçait ensuite par un juré habitant la province. En ce sens P.-F. Girard, cours de Pandectes sur l'*unus judex*, 1902-1903, 42e leçon, 27 avril 1903.

(1) Il peut paraître étrange que la loi Rubria ne parle que d'une *revocatio Romam* et non d'une *revocatio* à un autre municipe. Pourquoi les mots *vadimonium Romam* et non les mots *vadimonium domum* ? Etant donnée la situation privilégiée de Rome à l'égard de

Faut-il en conclure avec M. Schrutka (1) que la sanction du refus par le défendeur de promettre le *vadimonium* est, dans la loi Rubria, spéciale à l'*actio certae creditae pecuniae* dont elle aurait pour but d'accélérer la marche? Nous ne le pensons pas. Il s'agit, croyons-nous, dans le chapitre 21 *in fine*, d'un simple rappel à la sanction générale du refus de fournir le *vadimonium*, dont il était parlé certainement en détails dans une autre partie de la loi Rubria, malheureusement perdue. La loi Rubria, comme on le sait, suivait dans ses dispositions l'ordre de l'Edit du préteur (2) : il est très vraisemblable qu'elle traitait, comme celui-ci, dans ses chapitres du début, du *vadimonium Romam faciendum* qui intervenait toutes les fois que le magistrat municipal se trouvait incompétent, soit *ratione materiae*, soit *ratione personae*, et qu'elle organisait à cet endroit la sanction du refus de fournir un tel *vadimonium* (3). Si la loi est revenue sur

tous les municipes d'Italie, on comprend très bien que la loi Rubria ait pris pour exemple le cas d'une *revocatio Romam*. — Cf. Schrutka, *loc. cit.*, p. 471.

(1) Schrutka, *loc. cit.*, p. 473.

(2) Il y a longtemps que cette constatation a été faite : la table IV de la loi Rubria, qui nous est seule parvenue (fin du ch. 19, ch. 20, 21 et 22, début du chap. 23), s'occupe dans un ordre analogue à celui de l'Edit de l'*operis novi nuntiatio* (ch. 19 de la loi = Titre 28 de l'Edit), du *damnum infectum* (ch. 20 = T. 29 de l'Edit), de l'exécution en matière de *confessio* et d'*indefensio in jure* (ch. 21 et 22 = T. 36 et suiv. de l'Edit), etc. Comp. Mommsen, *Jahrb. des gem. deutschen Rechts*, II, 1858, p. 319 = *Juristische Schriften*, I, 1905, p. 162 ss. ; Krueger, *Sources*, trad. Brissaud, p. 121, n. 1 ; Girard, *Mélanges Bekker*, 1907, p. 43, n. 1.

(3) On peut argumenter du premier *ex hac lege* de notre disposi-

cette sanction dans le chapitre 21 à propos de l'*actio certae creditae pecuniae*, c'est pour éviter une confusion possible. On aurait pu assimiler les deux hypothèses où une personne refuse de fournir le *vadimonium Romam* et où elle refuse de donner un *vindex locuples*, à des cas d'*indefensio*, et croire que le magistrat municipal aurait eu le pouvoir de procéder à l'exécution sur la personne. C'est pour éviter cette confusion qu'elle déclare expressément qu'il ne sera en rien dérogé, relativement à ces deux hypothèses, aux dispositions générales précédemment édictées (1).

En quoi consistait exactement la sanction du refus de fournir le *vadimonium*, dont il est fait incidemment mention dans le chapitre 21 *in fine* de la loi Rubria?

Notre texte déclare qu'il n'est en rien innové au sujet du droit des magistrats municipaux d'organiser un *judicium recuperationem* contre celui qui aura refusé de promettre le *vadimonium*. Quel était l'objet de cette action? Savigny (2), s'appuyant sur les mots *de ea re* de

tion. Il est impossible qu'il vise la même partie de la loi que le deuxième.

(1) Cf. en ce sens Giffard, *La confessio in jure*, thèse Paris, 1900, p. 84. — Cette explication présente à nos yeux ce grand avantage de ne pas supposer une lacune de la loi Rubria avant les mots *quo minus*. M. Schrutka, *loc. cit.*, p. 464, suivant Rudorff, sous Puchta, *Institutionen* [9], I, p. 228, n. 1, est obligé d'admettre que le sculpteur de la table de Veleia omit de graver la disposition générale touchant le *vadimonium Romam faciendum* en matière d'*actio certae creditae pecuniae* et ne reproduisit que la disposition relative à sa sanction. Cela nous paraît invraisemblable.

(2) Savigny, *Vermischte Schriften*, II, p. 435, III, p. 389.

la loi, pense que c'était l'objet même de l'action principale sur laquelle les magistrats municipaux n'étaient pas compétents, mais qu'ils déféraient à un jury de récupérateurs,lorsque, par suite du mauvais vouloir du défendeur, son renvoi à Rome était rendu impossible. Nous croyons préférable de voir dans ce *judicium recuperationem*, avec la majorité des auteurs (1), une action pénale par laquelle le magistrat municipal faisait respecter ses ordres, et qui aurait été égale au *quanti ea res erit,* c'est-à-dire à la valeur de l'objet du procès principal (2). Quant à l'autorité qui était appelée à statuer sur elle *in judicio*, l'expression *judicium recuperationem*, qui est épigraphiquement la seule exacte (3), semble bien indiquer que l'action était renvoyée tantôt à des récupérateurs, tantôt à un *judex unus*. Mais il est impossible de déterminer suivant quels principes avait lieu ce partage de compétence entre le *judex unus* et les récupérateurs (4).

(1) Schrutka, *loc. cit.*, p. 466; Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.*, I, p. 594; Lenel, *Z. S. St.*, 1881, p. 35; *l'Edit*, I, p. 62, *Ed. perp.* 2, p. 55.

(2) On peut en ce sens tirer un argument d'analogie de l'action *in factum* que le préteur créa contre celui qui ne fournissait pas de *vindex*, Gaius, IV, 46, et aussi, croyons-nous, de l'action pénale par laquelle le préteur fit plus tard respecter la juridiction des magistrats municipaux : Ulpien, 1 *ad ed.*, D. 2, 3, 1, § 4, *Pal.*, 173 : *Hoc judicium, non ad id quod interest, sed quanti ea res est, concluditur.*

(3) En effet les mots *judicia recuperationes* se retrouvent en entier dans la loi Antonia de Termessibus de l'an 683 (Girard, *Textes* 3, p. 68).

(4) On en est réduit aux conjectures : M. Wlassak, *Röm. Processgesetze*, II, 1891, p. 321, pense que les parties avaient la faculté de choisir entre le *judex unus* et les récupérateurs. Il est plus vraisem-

On peut se demander si les magistrats municipaux conservèrent ce droit, que leur reconnaît la loi Rubria, de faire respecter leur juridiction dans l'hypothèse où le défendeur refusait de promettre le *vadimonium*. Ce pouvoir paraît bien ne plus leur appartenir à l'époque d'Hadrien où nous voyons proclamer le principe d'après lequel les magistrats municipaux ne peuvent pas *jurisdictionem suam defendere poenali judicio* (1) : c'était au préteur qu'il appartenait de protéger leur juridiction par une action pénale prétorienne (2). Il est permis cependant de discuter la portée de la réforme : peut-être, comme le croient certains auteurs, a-t-elle laissé subsister leur pouvoir dans les deux cas visés dans le chapitre 21 *in fine* de la loi Rubria (3).

blable, croyons-nous, que ce choix était laissé au magistrat municipal lui-même, et il est possible qu'il ait dépendu de la nature de l'action.

(1) Ulpien, 1 *ad ed.*, D. 2,3, 1, pr. *Pal.*, 173 : *Omnibus magistratibus, non tamen duumviris, secundum jus potestatis suae concessum est jurisdictionem suam defendere poenali judicio.*

(2) Cf. Lenel, *l'Edit*, I, p. 57 et 63 ; *Ed. perp.* [2], p. 51 et 55.

(3) Mommsen, *Dr. public*, VI [2], p. 467, n. 5, fait remarquer qu'il n'y aurait pas de contradiction à ce que le *judicium*, dont parle la loi Rubria, ait continué à être organisé par l'autorité municipale, car le magistrat municipal défend ici la juridiction du préteur de Rome. On peut lui répondre que, si son observation est juste pour le cas où le magistrat municipal impose au défendeur le *vadimonium Romam*, elle ne l'est plus quand il s'agit du refus par le défendeur de fournir un *vindex*, car, dans cette hypothèse, c'est sa propre juridiction qu'il défend. Schrutka, *loc. cit.*, p. 467, admet aussi que la faculté pour les magistrats municipaux de *jurisdictionem suam defendere poenali judicio* fut restreinte aux deux cas concrets de la loi Rubria. — *Contra* : Lenel, *Z.S.St.*, 1881, p. 17, 35 ; *l'Edit*, I, p. 63 ;

SECTION II. — **Le vadimonium dans les provinces***.

En Sicile d'une façon certaine, en Egypte d'une façon un peu moins sûre, nous voyons fonctionner le *vadimonium* comme à Rome et en Italie. Mais l'existence également révélée d'un mode de citation spécial à ces deux provinces et dont l'examen comparatif de papyrus égyptiens et de textes des Verrines a permis de déterminer le mécanisme véritable, ne laisse pas que de rendre assez obscure l'application du *vadimonium* dans les deux provinces d'Egypte et de Sicile. Le problème ne peut, à notre sens,être posé dans toute son ampleur qu'après un aperçu sommaire de l'organisation judiciaire de la Sicile et de l'Egypte, au moins pour les époques auxquelles se rapportent, pour chacune des deux provinces, les documents qui nous sont parvenus.

Pour ce qui est tout d'abord de la Sicile, province romaine depuis 513, elle fut en 622, après la guerre des esclaves, et sur l'avis d'une commission de dix sénateurs, pourvue d'un statut général par P. Rupilius (1). C'est la

Ed. perp.[2], p. 55.

* *Abréviations* : B. G. U. = *Aegyptische Urkunden aus den königlichen Museen zu Berlin. Griechische Urkunden*, Berlin, années 1895 et suivantes ; Lond. = F. G. Kenyon, *Greek papyri in the Britisch Museum*, London, années 1893 et suivantes ; Oxy = B. P. Grenfell and A. S. Hunt, *The Oxyrhynchos Papyri*, London, années 1898 et suivantes.

(1) P. Rupilius fut pendant son consulat de 622 envoyé en Sicile pour terminer la guerre des esclaves. Aucun texte ne prouve qu'il soit resté l'année suivante en Sicile en qualité de proconsul. Le

lex Rupilia, véritable charte qui fut alors octroyée à la Sicile, et qui continua de la régir pendant le gouvernement de Verrès (681-684).

D'après cette *lex Rupilia*, dont la teneur nous est rapportée par les Verrines (II, 2, 13), il fallait distinguer entre les procès entre Siciliens appartenant à la même cité, et,d'autre part,les procès,soit entre Siciliens appartenant à des cités différentes, soit entre Siciliens et citoyens romains, soit enfin entre citoyens romains.

En ce qui concerne les procès entre Siciliens appartenant à la même cité, le principe était que de tels litiges devaient être tranchés suivant les lois locales par des juges locaux. *Siculi hoc jure sunt, ut, quod civis cum cive agat, domi certet suis legibus* (1). Quant au mode de citation usité, quant à la procédure suivie devant ces tribunaux locaux, il est vraisemblable qu'ils variaient suivant les cités. En tout cas, les sources ne nous donnent sur ce point aucun éclaircissement.

Il n'en est pas de même pour l'autre catégorie de procès.Nous savons qu'ils étaient déférés au *conventus*, qui

statut général connu sous le nom de *lex Rupilia* date donc de 622. — Cf. Joseph Klein, *die Verwaltungsbeamten der Provinzen des röm. Reichs bis auf Diocletian*, 1 Bd, 1 Abth. *Sicilien und Sardinien*, Bonn, 1878, p. 50 ; Girard, *Organis.*, I, p. 330, n. 3 ; Partsch, *die Schriftformel im röm. Provinzialprocess*, thèse Breslau, 1900, p. 55.

(1) Cependant il semble bien résulter du procès d'Epicrate (*In Ver.*. II, 2, 24, 59) que des plaideurs appartenant à une même cité pouvaient décliner la compétence de leur tribunal local pour déférer leur procès au *conventus* : *Procuratores* (d'Epicrate) *postulant, ut se ad leges suas rejiciat aut ex lege Rupilia dicam scribere jubeat.* — Cf. Partsch, *Schriftformel*, p. 90, n. 1.

apparaît en Sicile, comme d'ailleurs dans toutes les autres provinces, avec le caractère de tribunal de droit commun (1). La Sicile se trouvait, au point de vue judiciaire, divisée en plusieurs circonscriptions dont le chef-lieu était le siège d'assises judiciaires que le gouverneur venait périodiquement tenir. Chaque année, le gouverneur ou un de ses délégués parcourait la province et s'arrêtait dans certaines villes pour y rendre la justice : *Conventum agebat* (2). Le mot *conventus*, qui servit d'abord à désigner ces assises judiciaires, ne tarda pas à s'appliquer à la circonscription tout entière dont la ville, choisie par le gouverneur pour tenir ses assises, était en quelque sorte le chef-lieu (3). Quant à la procédure en vigueur devant le *conventus*, c'est, à n'en pas douter, à l'époque de Verrès, la procédure formulaire avec les caractères que celle-ci revêt à la même époque à Rome (4).

En Egypte, depuis l'an 30 avant J.-C sous la domina-

(1) Cf. sur le *conventus* l'article de Girard dans la grande Encyclopédie, V° *Conventus*, et celui de Kornemann dans Pauly-Wissowa, V° *Conventus*, IV, p. 1173, B.

(2) Cicéron, *in Ver.*, II, 5, 28. — Les écrivains grecs emploient l'expression correspondante : ἀγόραιον (σύνοδον) ποιεῖν (Strabon, XIII, 629) ou ἄγειν (Flav. Joseph., *Antiq. Jud.*, XIV, 245).

(3) Nous savons par Cicéron (*in Ver.*, II, 5, 11, 28) que la province fut dès l'origine divisée en un certain nombre de *conventus* parmi lesquels on trouve mentionnés ceux de Syracuse (*Verr.*, II, 4, 25, 55), de Lilybaeum (*Verr.*, II, 5, 54, 140), de Panormus (*Verr.*, *eod. loc.*), de Messana (T. Live, XXXI, 29, 8) et d'Agrigentum (*Verr.*, II, 2, 26, 63).

(4) Cela est prouvé par les Verrines, principalement par la lecture des livres 2 et 3 de l'*actio secunda*. — Cf. Holm, *Geschichte Siciliens im Alterthum*, Leipzig, 1898, III, p. 79 ; Partsch, *Schriftformel*, p. 59.

tion romaine, nous rencontrons une organisation judiciaire un peu plus compliquée. Le tribunal de droit commun paraît bien y être comme en Sicile — avec cette différence toutefois que la procédure en vigueur est la procédure extraordinaire (1) — le *conventus* (2), que le représentant de l'Empereur, le *praefectus Aegypti*, vient en personne tenir (3).

A côté du *conventus*, les sources mentionnent l'existence de deux tribunaux absolument indépendants et dont les titulaires, loin d'être des délégués du préfet, apparaissent manifestement comme exerçant une juridiction propre.

(1) La *cognitio extraordinaria* semble bien être la seule procédure usitée en Egypte depuis le premier siècle de l'ère chrétienne. Les plus anciens exemples, à la connaissance de Partsch, *Schriftformel*, p. 65, n. 5, se rencontrent dans Oxy., I, 37, de l'année 49 après J.-C. et dans Oxy., II, 237, de l'année 92 après J.-C.

(2) Jusqu'à ces derniers temps régnait sans conteste l'opinion d'après laquelle des *conventus* étaient tenus dans chaque nome, circonscription administrative la moins importante (Mitteis, *Corpus papyrorum Raineri*, I, 1895, p. 270). M. Wilcken, dans l'important article qu'il vient de consacrer au *conventus* égyptien dans l'*Archiv f. Papyrusforsch.*, IV, 1908, p. 366 s., a cru trouver dans un papyrus mal interprété jusqu'ici : Oxy., IV, 709, la preuve que des *conventus* n'étaient tenus en Egypte que dans trois villes privilégiées : Alexandrie, Pelusium et Menphis (situées aux trois extrémités du delta).

(3) Nous sommes disposé à croire avec M. Wilcken, *loc. cit.*, p. 406, que la présidence du *conventus* appartenait exclusivement au préfet et qu'il ne pouvait pas se faire représenter dans cette fonction par un de ses subordonnés. Les papyrus, où l'on avait cru trouver la preuve du contraire, ne se rapportent pas au *conventus* ou ne visent que des délégations isolées pour la solution de certains procès déterminés. Il est impossible que le préfet ait pu trancher lui-même tous les procès déférés au *conventus* qu'il présidait. Il confiait alors à un de ses subordonnés la solution, soit d'un procès isolé, soit de toute une catégorie de procès. Ex. de délégation de l'αρχιδικαστης dans *B. G. U.*, 136 ; de l'épistratège dans Oxy., IV, 726.

C'est, d'une part, le tribunal de l'αρχιδικαστης et, de l'autre, celui du δικαιοδοτης (1).

Le δικαιοδοτης ou *juridicus Alexandriae* avait son tribunal dans la ville d'Alexandrie. mais sa compétence qui semble bien avoir été générale en matière civile (2) s'étendait à toute l'Egypte (3).

Quant à l'αρχιδικαστης, il avait, comme le *juridicus*, son tribunal à Alexandrie (4), était compétent pour toute

(1) Nous ne pensons pas que le stratège, placé à la tête du nome, ait jamais possédé une juridiction propre, si minime fût-elle. Une lecture attentive faite par Wilcken, *Archiv*, III, p. 1368, d'un papyrus de Genève relatif à la dation judiciaire d'un tuteur, et dans lequel Wenger, *Rechtshistorische Papyrusstudien*, 1902, p. 139, se fondant sur Erman (*Z.S.St.*, XV, p. 241-245), avait cru trouver la preuve d'une juridiction propre du stratège, n'autorise en rien cette conclusion. Par contre, il est vraisemblable que le stratège était délégué par le préfet d'une manière permanente pour la connaissance des litiges de petite importance, qu'il eût été absurde de déférer au *conventus*. Cf. en ce sens Mitteis, *Hermes*, XXX, p. 578, et Marquardt, *Organis. de l'empire romain*, II, p. 413, n. 7, qui s'appuient sur *Corpus inscr. graec.*, III, 5078.

(2) Comp. Wenger, *loc. cit.*, p. 155. Il est possible que l'empereur lui ait attribué la compétence exclusive de certains procès civils qu'il est difficile de déterminer en l'état actuel des sources.

(3) Pour Marquardt, *Organis.*, II, p. 420, la compétence du δικαιοδοτης aurait été restreinte à la ville d'Alexandrie. Mais tous les autres auteurs reconnaissent que sa compétence s'étendait à toute l'Egypte. Comp. Mommsen, *Droit public*, VI, 2e partie, p. 391 ; Wilcken, *Observationes ad hist. Aeg. provinc. rom.*, Berlin, 1885, p. 8 s. ; Hirschfeld, *Die ritterlichen Provinzialstatthalter*, dans Sitzunsb. de l'académie de Berlin, 1899, I, p. 418 ; Jung, *Die röm. Verwaltungsbeamten in Aegypten*, Wienerstudien, 1892, p. 227.

(4) Il ne semble pas qu'il ait eu aussi un tribunal à Menphis, comme le voudrait Milne, *A history of Egypt under Roman rule*, London, 1898, p. 4. Car dans les cas où il remplit la fonction de juge hors d'Alexandrie, il apparaît comme délégué du préfet. — Cf. Paul

l'Egypte et, peut-être bien d'une manière restreinte, seulement en matière civile (1).

Si maintenant, après ce rapide aperçu de l'organisation judiciaire de la Sicile et de l'Egypte, nous laissons de côté les deux juridictions de l'αρχιδικαστης et du δικαιοδοτης spéciales à l'Egypte, ainsi que les tribunaux purement locaux de la Sicile, si nous nous en tenons au tribunal de droit commun, la question qui se pose, aussi bien en Egypte qu'en Sicile, est celle de savoir comment un plaideur saisissait le *conventus* de sa demande. Le procédé de l'*in jus vocatio* était impraticable : le demandeur ne pouvait traîner son adversaire devant le *conventus* qui pouvait se tenir dans une ville assez éloignée du domicile du défendeur. Le *vadimonium* de place en place, tel que nous l'avons vu fonctionner en Italie, aurait pu assurer la comparution du défendeur devant le *conventus*. Il ne semble pas cependant, bien que son emploi nous soit révélé en Egypte et en Sicile, que le *vadimonium* ait été le mode de citation particulier aux procès de la compétence du *conventus*. Les sources, au contraire, nous révèlent l'existence d'un mode de citation tout spécial aux provinces,

Koschaker, *Z. S. St.*, 1907, p. 257 ; Wilcken, *Archiv*, IV, 1908, p. 388.

(1) Milne, *loc. cit.*, p. 4, pp. 196-200, soutient que l'αρχιδικάστης aurait été compétent quand les deux parties n'avaient pas leur domicile dans le même district. Mais son opinion est contredite par Oxy., II, 260, où nous voyons deux habitants du nome d'Oxyrynchos s'engager à comparaître devant l'αρχιδικαστης à Alexandrie. — Cf. Grenfell et Hunt sous Oxy., II, 260, n. 12.

et offrant de grandes ressemblances avec la *litis denuntiatio* romaine, à laquelle il nous paraît bien avoir servi de modèle (1). Ce mode de citation qui porte en Sicile le nom de *dicarum scriptio* et qui, pour l'Egypte, peut être désigné sous le nom de système du καταχωρισμος, a été mis en lumière par M. Mitteis (2), qui nous semble avoir démontré d'une façon péremptoire qu'il s'agissait là d'un mode de citation qui, sous des noms différents, aurait fonctionné avec les mêmes règles en Egypte et en Sicile. Mais alors comment expliquer l'emploi du *vadimonium* à côté de ce mode de citation ? Comment le *vadimonium* fonctionnait-il en Sicile à côté de la *dicarum scriptio* et en Egypte à côté du système du καταχωρισμος ? Coexistait-il avec l'une et l'autre de ces deux procédures, ayant par rapport à ces dernières un champ d'application nettement délimité, ou bien ne faisait-il pas double emploi avec elles ?

Tel est le problème intéressant qui se pose (3) et que nous allons tenter de résoudre en étudiant parallèlement tout d'abord le mécanisme de la procédure sicilienne de la *dicarum scriptio* et celui de la procédure égyptienne du καταχωρισμος, et en nous efforçant ensuite, par une

(1) En ce sens, Girard, *Manuel*[4], p. 997, n. 1. *Contrà* : Kipp, *Litis-denuntiatio*, p. 151 s. et plus récemment dans Pauly-Wissowa, V° *Denuntiatio*, V. p. 223, à raison du faux caractère qu'il attribue à la *dicarum scriptio*.

(2) *Corpus papyrorum Raineri*, I, 1895, p. 270 s. ; *Hermes*, XXX, 1895, p. 573 s.

(3) Cf. P. F. Girard, *Organis.*, I, p. 333, n. 2, qui pose nettement le problème sans le résoudre.

étude minutieuse des textes où nous voyons fonctionner le *vadimonium*, de rechercher quel rôle il joua à côté des deux procédures précitées.

§ 1. — La procédure sicilienne de la dicarum scriptio et la procédure égyptienne du καταχωρισμος.

Bien que le système du καταχωρισμος soit postérieur en date au système de la *dicarum scriptio*, nous croyons préférable d'étudier tout d'abord les papyrus égyptiens qui, par les renseignements qu'ils nous fournissent sur le système du καταχωρισμος, sont de nature à jeter une vive lumière sur la procédure voisine de la *dicarum scriptio* et à expliquer d'une manière satisfaisante plusieurs passages des Verrines restés jusqu'alors fort obscurs.

Plusieurs papyrus égyptiens qui ont été minutieusement commentés par M. Mitteis, dont nous adoptons entièrement les conclusions, principalement B. G. U., I, n° 226 de l'année 99 après J.-C. et B. G. U., I, n° 242, recto, du temps de Commode, mentionnent l'existence d'un καταχωρισμος, c'est-à-dire d'un registre sur lequel le demandeur priait le stratège d'inscrire sa demande. Le stratège apparaît donc comme jouant un certain rôle dans la préparation du *conventus*, en dressant une liste des affaires, liste qu'il transmettait ensuite au préfet, après avoir auparavant notifié chaque demande au défendeur. En effet dans B. G. U., I, n° 226, nous voyons le demandeur prier le stratège du nome de communiquer sa de-

mande au défendeur « ὅπως εἰδῇ παρεσεσθαι ἀυτον ὅταν ὁ κρατιστος ἡγεμων τὸν του νομου διαλογισμὸν (1) ποιῆται » (2).

Tels sont les renseignements précieux que ces papyrus nous ont transmis. Ils sont, nous allons le voir, de nature à projeter une vive lumière sur les passages des Verrines relatifs à la *dicarum scriptio*, de même que la suite de la procédure du καταχωρισμος, dont les papyrus ne nous ont révélé que la première phase, peut être facilement déduite des textes de Cicéron.

Le passage capital des Verrines est actio II, 2, 15 :

(1) M. Wilcken, *Archiv*, IV, 1908, p. 368 s., a eu le mérite d'expliquer le premier d'une manière satisfaisante l'expression « ὁ διαλογισμὸς του νομου ». Il a justement fait remarquer que διαλογισμὸς dans son acception primitive signifie littéralement : révision, contrôle. Ce mot aurait originairement servi à désigner le contrôle administratif et financier que le préfet avait l'habitude d'exercer sur chaque nome lors de la tenue du *conventus*, par opposition à la δικαιοδοσία qui servait à désigner les fonctions judiciaires du préfet présidant le *conventus*. Plus tard le mot « διαλογισμος » embrassa toutes les affaires du *conventus* et engloba aussi bien les fonctions judiciaires du préfet que ses fonctions financières et administratives.

(2) M. Mitteis, *Hermes*, XXX, p. 575, avait cru trouver dans B. G. U., I, 242, la preuve qu'un certain délai devait s'écouler entre l'enregistrement par le stratège de la prétention du demandeur sur le καταχωρισμος et l'ouverture du *conventus*. Le passage sur lequel il s'appuyait est ainsi conçu dans l'édition officielle : « ἐπιδίδωμι τὸδε τὸ βιβλίδιον και αξιῶ ἐν καταχ[ωρισμῷ τὸυ]το γενέσθαι ἀ[χ]οῦσαί [τε τ]ὸυ πρὸς αυτον [.......]υρητου αποδ[εί]ξω ἐν τῇ [...] ἀτῃ ἡμέρᾳ. » Il conjecturait que le nombre ordinal : [...] ἀτῃ, devait être δεκάτῃ, la place vide ne permettant que l'intercalation de trois lettres. Le délai aurait donc été de dix jours. Mais M. Wilcken, après un examen sérieux de l'original, déclare (*Archiv*, IV, 1908, p. 409, n. 2) que cette conjecture n'est pas fondée, attendu que la lettre α n'est pas exacte et que les traces visibles sur l'original des lettres précédant τῃ ne peuvent s'accorder avec δεκ.

« Scribitur Heraclio dica... Interea dies advenit quo die sese ex instituto ac lege Rupilia dicas sortiturum Syracusis iste edixerat. Paratus ad hanc dicam sortiendam venerat. Tum eum docet Heraclius non posse eo die sortiri, quod lex Rupilia vetaret diebus XXX sortiri dicam quibus scripta esset. Dies XXX nondum fuerant. Sperabat Heraclius si illum diem effugisset, ante alteram sortitionem Q. Arrium, quem provincia tum maxime expectabat, successurum. Iste omnibus dicis diem distulit et eam diem constituit,ut hanc Heraclii dicam sortiri post dies XXX ex lege posset. »

Ce texte nous révèle l'existence de deux actes bien distincts : 1° la *dicarum scriptio* ; 2° la *dicarum sortitio* qui d'après la loi Rupilia devait être séparée de la *dicarum scriptio* par un délai d'au moins trente jours.

Quand intervenait chacun de ces deux actes ? Quelle était leur fonction respective ? C'est ce que Cicéron ne nous dit pas expressément.

Jusqu'à ce qu'aient été étudiés les papyrus égyptiens, l'opinion dominante (1) voyait dans la *dicarum scriptio* et dans la *dicarum sortitio* deux actes qui se seraient passés pendant le *conventus*. Le premier, la *dicarum scriptio*,

(1) Karlowa, *legisactionen*, 1872, p. 257, n. 1 ; Voigt, *Vadimonium*, p. 340 s. ; Hartmann-Ubbelohde, *Ordo judiciorum*, 1886, p. 444 ; Kipp, *Litisdenuntiatio*, p. 157 s., et dans Pauly-Wissowa, V° *Denuntiatio*, V, p. 223.

aurait été la notification de sa prétention par le demandeur au défendeur devant le magistrat, une espèce d'*editio actionis*, tandis que la *dicarum sortitio*, s'effectuant trente jours après, aurait été le tirage au sort des juges pour chaque affaire déterminée, à peu près comme cela se passait à Rome depuis la loi Pinaria pour le *sacramentum* (1). Aussi certains auteurs, pour mettre leur théorie en harmonie avec les faits, n'hésitaient pas à affirmer sans preuve à l'appui que le *conventus* devait avoir une durée minima de trente jours (2).

La découverte des deux papyrus que nous avons précédemment commentés nous paraît avoir réduit à néant cette opinion. La *dicarum scriptio* doit être reportée en arrière de l'ouverture du *conventus*, et non, comme on l'enseigne encore aujourd'hui (3), avoir lieu après l'ouverture du *conventus*. C'était l'enregistrement par une autorité locale de la prétention du demandeur et, par cette même autorité locale, la notification au défendeur lui-même de la prétention du demandeur. Conformément à la loi Rupilia, cet enregistrement, suivi de la notification au défendeur, devait avoir lieu au moins trente jours avant l'ouverture du *conventus*. Le gouverneur ou le ma-

(1) Cependant MM. Hartmann-Ubbelohde qui se rallient au système de la *dicarum scriptio* = *editio actionis* devant le magistrat, reconnaissent que la *dicarum sortitio* était le tirage au sort des procès pour déterminer l'ordre suivant lequel ils seraient tranchés (*loc. cit.*, p. 444).

(2) Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, p. 331, n. 4.

(3) Kipp, dans Pauly-Wissowa, *loc. cit.*

gistrat chargé de présider le *conventus* recevait cette liste des affaires et procédait alors à leur tirage au sort. De cette sorte l'expression *dicas sortiri* prend un sens satisfaisant et le passage précité des Verrines s'éclaire d'un jour tout nouveau. *Scribitur Heraclio dica,* la prétention du demandeur est notifiée par écrit à Heraclius. Cette première partie de la procédure a lieu au domicile d'Heraclius. *Interea dies advenit, quo die sese ex instituto ac lege Rupilia dicas sortiturum Syracusis iste edixerat.* Nous sommes maintenant transportés à Syracuse. Verrès, président du *conventus*, veut procéder à la *dicarum sortitio*, au tirage au sort des procès. Mais Heraclius objecte que le délai de trente jours qui, d'après la loi Rupilia, doit exister entre la *dicarum scriptio* et la *dicarum sortitio*, n'est pas encore écoulé. Conséquence : son procès ne peut pas être joint aux autres procès pour le tirage au sort. Que fait alors Verrès ? Il retarde pour tous les procès la date à laquelle devait avoir lieu la *dicarum sortitio* afin que le procès d'Heraclius puisse être jugé dans le *conventus* (1).

(1) C'est l'explication du passage des Verrines, déjà présentée par Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, II, p. 201, avant la découverte des papyrus égyptiens, qui rallie aujourd'hui presque l'unanimité des auteurs. Comp. Girard, *Organis.*, I, p. 331, n. 2 ; *Manuel* [4], p. 972, n. 2 ; Wenger, *Archiv. f. Papyrusforschung*, II, p. 509 ; Partsch, *Schriftformel*, p. 85, n. 2. — Les défenseurs de l'opinion adverse se retranchent derrière Plaute, *Aulularia*, 4, 10, 30, où nous voyons un des personnages en menacer un autre en ces termes : *Jam quidem hercle te ad praetorem rapiam et tibi dicam scribam.* A notre sens, l'argument que l'on veut tirer de ce texte qui paraît être bien plutôt relatif au préteur de Rome qu'à un gouverneur de province, et dans

En résumé donc les sources nous révèlent l'existence en Sicile et en Egypte d'un mode original de citation pour les procès déférés au *conventus* (1). Mais comme nous savons par ailleurs que fonctionna dans ces deux provinces, à côté de ce mode de citation, le système des *vadimonia*, nous devons rechercher maintenant quelle place ce système occupait vis-à-vis de la *dicarum scriptio* et du système du καταχωρισμος.

§ 2. — Le vadimonium en Sicile et en Egypte : son champ d'application.

Pour la Sicile, Cicéron nous raconte avec indignation que Verrès, au mépris de tous les usages et de toutes les lois, força les Siciliens à *extra suum forum vadimonium promittere.* Il s'agit des contestations entre les cultivateurs (*aratores*) et les fermiers de la dîme (*decumani*), qui,

lequel Plaute nous semble avoir traduit textuellement l'original grec, ne peut rien à l'encontre de cette considération d'ordre pratique, à savoir qu'il est impossible d'admettre que le gouverneur présidant le *conventus* ait dû rester dans l'inaction pendant trente jours en attendant le moment où il aurait pu procéder à la *dicarum sortitio.* Cela est non seulement contredit par la raison, mais encore par des textes positifs, car en Cilicie où le même système semble bien avoir fonctionné, les lettres de Cicéron à Atticus prouvent d'une façon certaine que les *conventus* pouvaient avoir une durée inférieure à un mois. — Cf. la démonstration qui en a été faite par M. Girard, *Les assises de Cicéron en Cilicie*, Mélanges Boissier, 1903, p. 217 s.

(1) Il se peut que la *dicarum scriptio* soit d'origine grecque comme le conjecture M. Mitteis : *Röm. Privatrecht*, I, 1908, p. 21, n. 55 e. Voir pourtant sur le droit grec p. 144, n. 1.

comme on l'a récemment prouvé (1), n'était pas affermée en bloc pour toute la Sicile à la société romaine des publicains, mais continua à l'être par fractions aux Siciliens comme aux citoyens romains, dans les formes anciennement instaurées par la *lex Hieronica* (2). Au mépris de cette loi qui attribuait formellement compétence, pour ces sortes de contestations, au *conventus* dans le ressort duquel était situé le fonds de terre soumis à la dîme, Verrès permit aux *decumani* d'actionner leurs débiteurs partout où il leur plairait : *Statuit, ut arator decumano, quo vellet decumanus, vadimonium promitteret*, de telle sorte, ajoute Cicéron, qu'un malheureux cultivateur pût être cité en justice de Leontini à Lilybaeum, c'est-à-dire d'un bout à l'autre de l'île (*in Verrem*, II, 3, 15) (3). Il est pour nous intéressant de remarquer que Cicéron se sert de l'expression : *vadimonium promitteret*, ne faisant aucune allusion au mode de citation de la *dicarum scriptio*, que dans les mêmes Verrines, il nous montre avoir fonctionné pour le procès d'Heraclius. Pourquoi là emploi de la *dicarum scriptio* et ici emploi du *vadimonium* ?

(1) Carcopino, *Decumani*, Ecole française de Rome. Mélanges d'archéologie et d'histoire, XXV[e] année, 1905, p. 419 s.

(2) Cette loi Hieronica qui, d'après son nom, paraît être de Hiero I et par conséquent antérieure à la domination romaine, apparaît cependant, si l'on examine de près ses dispositions, telles qu'elles nous ont été transmises par les Verrines, comme purement romaine. Elle a été, pourrait-on dire, entièrement romanisée au moment de la conquête romaine. Cf. Degenkolb, *die lex Hieronica*, 1861, p. 5 s. ; Holm, *Geschichte Siciliens im Alterthum*, III, p. 86, p. 374 ; Liebemann dans Pauly-Wissowa, V° *Decuma*, IV, p. 2312.

(3) A joindre *in Ver.*, II, 3, 20, 51 ; II, 3, 40, 92.

Nous croyons que la *dicarum scriptio* et le *vadimonium* avaient en Sicile un champ d'application nettement distinct, et que, si, en principe, le procédé de la *dicarum scriptio* était le procédé normal de citation pour les procès déférés au *conventus*, le *vadimonium*, avec le caractère de *vadimonium* librement consenti par le défendeur, pouvait fonctionner dans les deux hypothèses suivantes où le système de la *dicarum scriptio* ne pouvait pas trouver son emploi.

Tout d'abord on peut supposer que les parties, ne pouvant plus employer, pour saisir le *conventus*, le procédé de la *dicarum scriptio* par suite de la clôture du registre sur lequel étaient enregistrées les demandes, veuillent cependant déférer leur procès au *conventus* qui allait se tenir dans leur circonscription. Dans ce cas, l'emploi du *vadimonium* était tout indiqué, non pas d'un *vadimonium* qui aurait pu être imposé par le demandeur au défendeur, mais d'un *vadimonium* purement extrajudiciaire, librement consenti par le défendeur (1). En effet c'était

(1) Nous repoussons l'essai de conciliation de M. Voigt, *Vadimonium*, p. 340 s., suivant lequel le *vadimonium* dont nous parle Cicéron dans les Verrines aurait été le préliminaire de la *dicarum scriptio*. M. Voigt tente un rapprochement avec le droit grec : le *vadimonium* des Verrines ne serait que la *προσκλησις*, sommation par le demandeur au défendeur devant témoins d'avoir à comparaître tel jour devant le magistrat (V. Meier et Schömann, *der attische Prozess*, nouvelle édition par Lipsius, II, 1883-1887, p. 770 s.) et la *dicarum scriptio* aurait été la seconde phase de la procédure, la remise de la demande au magistrat (*ληξιν ποιεισθαι*, cf. Meier et Schömann, *l. c.*, p. 790). Ce système fausse entièrement, à notre avis, la nature du *vadimonium*, telle qu'elle ressort des Verrines. Le *vadimonium* de

pour le défendeur un droit absolu d'être actionné par le mode de citation légal de la *dicarum scriptio*, qui présentait pour lui certaines garanties, entre autres celle de ne pouvoir être cité qu'au moins trente jours avant l'ouverture du *conventus* (1). La preuve décisive en est, à notre sens, fournie par le procès d'Epicrate (*in Verrem*, II, 2, 24, 59) : Les habitants de Bidini réclament pendant l'absence d'Epicrate une riche succession échue à ce dernier. Demandeurs et défendeur appartiennent à la même cité : c'est donc le tribunal local qui, d'après la loi Rupilia, aurait dû être compétent. Mais les Bidiniens intriguent auprès de Verrès pour que le procès se déroule devant lui. Les procurateurs d'Epicrate disent à Verrès : « Nous voulons bien décliner la compétence de notre tribunal local, mais alors nous entendons être cités au *conventus* par la *dicarum scriptio* conformément à la loi Rupilia » : *Procuratores postulant, ut se ad leges suas rejiciat, aut ex lege Rupilia dicam scribi jubeat*. Si le défen-

la procédure sicilienne ne peut pas avoir été une notification à comparaître, un acte purement unilatéral du demandeur. Le *vadimonium* exige le concours du demandeur et du défendeur qui s'engage à comparaître : *vadimonium promittit* (*in Ver.*, II, 3, 15). Il n'a donc rien de commun avec la πρόσκλησις du droit grec. Cf. Kipp, *Litisdenuntiatio*, p. 158.

(1) Malgré son caractère unilatéral, cette citation ne restait pas sans sanction. Le défendeur ne se présentait-il pas en personne au *conventus*, ou bien ne se faisait-il pas représenter par un *procurator*, alors le gouverneur pouvait, pour vaincre sa résistance, ordonner que le demandeur soit envoyé en possession de ses biens. La *missio in bona* fonctionnait dans les provinces comme à Rome. Arg. Cic., *ad Attic.*, VI, 1, 15.

deur pouvait se réclamer de la *dicarum scriptio* quand, par une sorte de *prorogatio fori,* il rendait compétent le *conventus*, à plus forte raison pouvait-il exiger que l'on observât à son égard les formalités de la *dicarum scriptio* quand, d'après la nature même du procès, c'était le *conventus* qui était compétent. Et c'est ainsi que nous voyons Verrès, dans le procès d'Heraclius, ne pas oser violer la loi Rupilia en ne faisant pas citer Heraclius par la *dicarum scriptio* et en n'observant pas le délai de trente jours qui devait séparer cette première formalité de la *dicarum sortitio* (1).

En second lieu, on comprend que des plaideurs se soient servis du *vadimonium* quand ils voulaient rendre compétent un autre *conventus* que le *conventus* de droit commun (c'est-à-dire celui dans le ressort duquel était domicilié le défendeur) (2). Car, dans ce cas, la *dicarum*

(1) Si l'on n'admet pas que dans *in Ver.*, II, 3, 34, les habitants d'Herbita promettent le *vadimonium extra suum forum* (il est difficile en effet de déterminer de quel *conventus* dépendait Herbita. — Cf. Kiepert, *Atlas antiquum* [12], tab. VII), nous avons là un exemple de *vadimonium* extrajudiciaire consenti par le défendeur. Les créatures de Verrès qui ont affermé la dîme de la contrée arrivent à Herbita. *Incipiunt postulare, poscere, minari*. Mais elles n'osent pas imposer de force le *vadimonium* car *Siculi Siculos non tam pertimiscebant*. Pourtant elles font tant et si bien (*quum omni ratione tamen illi calumniarentur*) que les habitants d'Herbita, lassés, finissent par promettre le *vadimonium* à Syracuse. Mais c'est là un *vadimonium* qu'ils consentent volontairement, malgré la pression dont ils sont l'objet. On peut supposer soit que le registre servant à l'inscription des demandes était clos, soit que, en dehors de toute tenue de *conventus*, les habitants d'Herbita aient porté leur procès devant Verrès résidant à ce moment à Syracuse.

(2) Dans *in Ver.*, II, 5, 54, il s'agit d'un *vadimonium* imposé par

scriptio ne pouvait plus servir à saisir cet autre *conventus* de la prétention du demandeur. Le système de la *dicarum scriptio* était en effet territorial, ne pouvait jouer que pour les procès qui étaient déférés au *conventus* dans le ressort duquel était situé le greffe où étaient enregistrées les citations. Le registre, sur lequel l'autorité locale inscrivait les demandes, était transmis, nous l'avons vu, au magistrat qui devait présider le *conventus*. Il ne pouvait donc pas contenir des demandes tendant à rendre compétent un autre *conventus*.

Dans ce cas comme dans le premier, l'emploi du *vadimonium* était tout indiqué (1), mais l'accord des deux parties était indispensable. Le *vadimonium* ne pouvait pas être imposé au défendeur par le demandeur, il devait être librement consenti par le défendeur. Si le contraire semble résulter des Verrines, c'est en vertu d'un abus de pouvoir manifeste de Verrès et Cicéron ne se

Verrès à Servilius pour comparaître à Lilybaeum, alors que le *conventus* de droit commun était Panormus. Le doute que pouvaient faire naître certaines éditions défectueuses, où il est délicat de savoir si Servilius appartenait au *conventus* de Lilybaeum ou au *conventus* de Panormus (*Num potes hoc negare, Verres, in foro Lilybaei maximo conventu C. Servilium, civem romanum, in conventu Panormitano veterem negotiatorem*), est levé par les éditions modernes (Orelli, Mueller dans la collection Teubner) où le passage se lit ainsi : *Num potes hoc negare, Verres, in foro Lilybaei maximo conventu C. Servilium, civem Romanum e conventu Panormitano, veterem negotiatorem...*

(1) On peut se demander comment le système des *vadimonia* s'adaptait à la procédure suivie devant le *conventus*. A notre avis, rien ne s'opposait à ce que le procès déféré au *conventus* par *vadimonium* fût, le jour de l'ouverture du *conventus*, joint aux autres procès pour le tirage au sort.

fait pas faute d'ailleurs de montrer l'énormité de la mesure prise par Verrès (1).

Si nous nous tournons maintenant du côté de l'Egypte, nous rencontrons dans un papyrus du plus haut intérêt un acte juridique qui présente la plus grande analogie avec le *vadimonium* (2). C'est Oxy., II, 260, de l'an 59

(1) Il est vraisemblable que le *vadimonium* s'appliquait également en Sicile dans les cas où le défendeur déclinait la compétence du *conventus*, par exemple quand un citoyen romain revendiquait le droit d'être jugé à Rome. Dans ce cas, le *vadimonium* devait avoir le même caractère que celui qui fonctionnait à Rome et en Italie dans les hypothèses voisines du *jus domum revocandi* et du *vadimonium Romam faciendum*, c'est-à-dire qu'il pouvait être imposé au défendeur.

(2) Nous ne prétendons nullement que l'acte juridique que nous révèle ce papyrus soit un véritable *vadimonium* romain. Si nous le désignons par le nom de *vadimonium*, c'est en attachant à ce mot un sens purement technique servant à désigner, d'une façon générale, tout engagement contracté par un plaideur de comparaître dans un certain délai devant une autorité judiciaire quelconque. Nous pensons en effet que le *vadimonium* égyptien n'a rien de commun avec le *vadimonium* de Rome et de l'Italie, ni même avec celui que nous avons vu fonctionner en Sicile. Et c'est, à notre avis, se tromper que de vouloir, comme le fait Wenger, chercher à expliquer, à l'aide des renseignements que nous fournissent les papyrus, certains points restés obscurs de la réglementation du *vadimonium* prétorien romain. Mais si nous sommes d'accord sur ce point avec Lenel, nous ne le suivons pas quand il déclare que les actes mentionnés dans les papyrus étudiés par Wenger et en particulier dans Oxy., II, 260, ne présentent pas le caractère de promesses de comparution analogues aux *vadimonia* (Lenel, *Ed. perp.* [2], p. 81, n. 4 ; p. 495, n. 10). Nous avons là sans doute une institution de droit local (ce qui n'est pas surprenant si l'on pense à la situation toute particulière dont l'Egypte jouissait vis-à-vis des autres provinces impériales. Cf. Mommsen, *Droit public*, V, p. 133 et surtout *Röm. Geschichte* [2], V, 1885, p. 552 ss. ; Hirschfeld, *Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian* [2], 1905, p. 343 ss.), mais une institution présentant, il faut bien le reconnaître, une grande analogie avec les *vadimonia* romains.

après J.-C., c'est-à-dire d'une époque où l'Egypte se trouve déjà depuis presque un siècle sous la domination romaine.

Ἀντίγρα (φον).

Ἀντιφάνης Ἀμμωνίου [τ]ων ἀπ' Ὀξυρύγχ(ων) πόλεως τοῖς παρὰ Τιβερίου Κλαυδί[ο]υ Ἀμμωνίου στρατηγοῦ καὶ ἐπὶ τῶν προσόδω(ν) τοῦ Ὀξυρυγχείτου. ὀμνύω Νέρωνα Κλαύδιον Καίσαρα Σεβαστ[ον Γε]ρμανικὸν Αὐτοκράτορα εἶ μην κα[τ]α [τα] συ[μ]φωνηθέντα ἐμοι κα[ι] Αντ[ι]φ[ανει] Ἡρακλᾶτος ἐξ ἡς εποιησαμε[θα] πρὸ[ς] ἑαυτοῦς ἐπὶ του στρατηγου Τιβεριου Κλ[αυ]δ[ιου] Ἀμμωνίου ἀντικαταστάσεως εσασθα[ι ἐμ]φανῆ τῷ Σαραπιωνος αρχιδικαστου [β]ηματι ἐπ' Ἀλεξανδρειας ἑως τριακαδος τοῦ ἐνεστῶτος μηνὸς Ἐπείφ, καὶ προσκαρτερησειν μέχρι οὗ ἃ ἐχωμεν πρὸς ἑαυτοὺς ἐγ[β]ιβασθῆι εὐορκοῦνται μέν μοι εὖ ἐιη, εφιορκ[ου]ντι δὲ τα νεαντία.... etc. (1).

A la suite d'un débat entre Antiphanes, fils d'Ammonius, et Antiphanes, fils d'Heracla, devant le stratège du nome d'Oxyrhynchos, et de l'accord qui fut à ce moment conclu entre eux deux, un acte est dressé (et c'est l'objet de notre papyrus) constatant qu'Antiphanes, fils d'Ammonius, a juré par Néron, empereur, de comparaître

(1) *Traduction* : Copie. Antiphanes fils d'Ammonius, de la ville d'Oxyrhynchos, aux agents de Tiberius Claudius Ammonius, stratège et préposé aux finances du nome d'Oxyrhynchos. Je jure par Néron Claudius César Augustus Germanicus empereur, que, en conséquence de l'accord conclu entre moi et Antiphanes, fils d'Heracla, à la suite de notre confrontation l'un avec l'autre devant le stratège Tiberius Claudius Ammonius, je comparaîtrai devant le tribunal de l'αρχιδικαστης Sarapion à Alexandrie jusqu'au 30ᵉ jour du présent mois Epeiph (= 24 juillet) et que je resterai jusqu'à ce que notre procès soit tranché. Si je jure sincèrement, que cela aille bien pour moi, si je jure faussement, que ce soit le contraire, etc..

devant le tribunal de l'αρχιδικαστης Sarapion à Alexandrie, et d'y rester jusqu'à ce que soit tranché son procès avec Antiphanes, fils d'Heracla (1).

Ainsi que l'a fait justement remarquer M. Wenger (2), qui le premier a étudié ce papyrus, nous avons là toutes les caractéristiques d'un *vadimonium*, à savoir un engagement pris par un plaideur de comparaître un jour déterminé devant une autorité judiciaire, engagement qui se trouve ici fortifié par un serment à l'empereur.

D'autre part, une lecture attentive du papyrus permet de dégager les deux constatations suivantes :

a) Les parties ont d'abord comparu devant le stratège du nome d'Oxyrhynchos. Le mot ἀντικαταστασεως ne peut s'entendre que d'un débat contradictoire qui s'est déroulé devant le stratège.

b) Les parties ont, d'un commun accord, cessé le débat devant le stratège et se sont entendues pour porter leur litige devant le tribunal de l'αρχιδικαστης à Alexandrie. Il s'agit certainement de la compétence de l'αρχιδικαστης en tant qu'exerçant une juridiction propre et non en tant que délégué du préfet (3).

Quel rôle paraît avoir joué par rapport à la procédure

(1) L'autre partie, c'est-à-dire Antiphanes, fils d'Heracla, prêta de son côté le même serment. MM. Grenfell et Hunt se sont contentés de publier la déclaration du premier Antiphanes, assurant que la déclaration du second était, sauf naturellement les changements de noms, identique au premier.

(2) *Rechtshistorische Papyrusstudien*, p. 64 s.

(3) Comp. Wenger, *loc. cit.*, p. 70 s.

du καταχωρισμος ce *vadimonium* dont Oxy., II, 260, nous offre l'exemple le plus typique? (1).

Sans aucun doute le système des *vadimonia* égyptiens ne faisait pas double emploi avec le système du καταχωρισμος (2). En règle générale, tous les procès régulièrement déférés au *conventus* devaient l'être suivant les formalités que M. Mitteis a si nettement mises en lumière, car nous ne trouvons aucune trace dans les papyrus d'un *vadimonium* dont on aurait fait usage pour saisir le *conventus*.

Le *vadimonium* y apparaît bien plutôt comme ayant servi à rendre compétents des tribunaux fixes et indépendants, par exemple, comme le prouvent Oxy., II, 260 et B. G. U., I, 5, le tribunal de l'αρχιδικαστης et celui du δικαιοδοτης.

Seulement les papyrus dans lesquels nous voyons fonctionner le *vadimonium* nous le montrent toujours promis par des parties qui se trouvent déjà avoir commencé un débat contradictoire devant une autorité judi-

(1) Nous ne croyons pas utile de citer au texte les autres papyrus présentés par Wenger. Dans *B. G. U.*, I, 5, nous voyons un certain Achilleus déclarer que ses trois adversaires ont promis le 6 novembre 137 de comparaître le 40e jour devant le δικαιοδοτης. C'est donc une situation identique à celle qui nous est révélée par Oxy., II, 260. Quant aux autres papyrus, les uns ne nous semblent pas assez précis (*B. G. U.*, II, 388, et Lond., II, 196 (p. 152 s.), les autres sont étrangers aux matières civiles : dans *B. G. U.*, III, 891, il s'agit d'une affaire purement administrative (cf. Wenger, p. 83) et dans Lond., II, 214 (p. 161 s.), d'une affaire criminelle (cf. Wenger, p. 87).

(2) En ce sens, Wenger, p. 100 s.

ciaire, soit que, comme dans Oxy., II, 260, elles s'entendent toutes deux pour rendre compétent un autre tribunal, soit que, comme par exemple dans B. G. U., III, 891 (affaire purement administrative portée par *vadimonium* vraisemblablement du stratège au *procurator* impérial à Alexandrie), l'autorité judiciaire, en premier lieu saisie de la demande, se déclare incompétente et contraigne le défendeur à comparaître devant le tribunal compétent. M. Wenger (1) en conclut que le *vadimonium* ne fonctionna jamais en Egypte avec le caractère de *vadimonium* extrajudiciaire, introductif d'instance, mais seulement avec le caractère de *vadimonium* de place à place. S'agissait-il de procès déférés au *conventus*, on appliquait le système du καταχωρισμος. S'agissait-il de procès déférés à des tribunaux fixes et permanents, on s'adressait directement à ces tribunaux, qui, s'ils se reconnaissaient compétents, faisaient procéder à la citation du défendeur par des agents administratifs.

Nous croyons qu'il est permis d'être un peu plus audacieux que M. Wenger. Puisque Oxy., II, 260, nous prouve certainement que deux plaideurs pouvaient décliner la compétence du stratège, devant lequel ils avaient déjà porté leur litige, pour rendre compétent par *vadimonium* le tribunal de l'αρχιδικαστης, aucune raison à nos yeux ne s'oppose à ce qu'en dehors de tout débat judiciaire deux plaideurs s'engagent réciproquement par *vadimonium* à

(1) *Loc.cit.*, pp. 100-103.

comparaître devant le tribunal du même αρχιδικαστης. Et nous inclinons à penser que le *vadimonium* devait très souvent servir à saisir le tribunal de l'αρχιδικαστης et celui du δικαιοδοτης. Car si, comme il semble le plus probable, la compétence du δικαιοδοτης était générale en matière civile et s'étendait à toute l'Egypte, elle devait nécessairement entrer en conflit avec la compétence également générale du *conventus*. Or il nous semble inadmissible qu'un plaideur pût à son choix actionner son adversaire devant le *conventus* ou devant le tribunal du δικαιοδοτης (1). Le tribunal de droit commun était certainement le *conventus* dans lequel s'exerçait la juridiction du plus haut fonctionnaire de l'Egypte, du préfet, et non le tribunal du δικαιοδοτης qui n'était qu'un subordonné du préfet. Et on ne peut imaginer qu'un habitant de la Haute Egypte, par exemple, pût être forcé arbitrairement de se rendre à Alexandrie, alors qu'il aurait pu trouver des juges au *conventus* tenu par le préfet à Menphis. Peut-être des règles impératives avaient-elles été édictées pour trancher le conflit. Mais en l'état actuel des sources, force est d'attendre que la découverte de nouveaux papyrus vienne projeter un peu de lumière sur ce point encore si obscur.

Quoi qu'il en soit, nous sommes arrivé, croyons-nous, à ce résultat appréciable, que le *vadimonium* coexista, en Sicile, avec la *dicarum scriptio* et en Egypte, avec le sys-

(1) Ce que nous disons du δικαιοδοτης s'applique d'ailleurs, toutes proportions gardées, à l'αρχιδικαστης qui semble bien n'avoir eu en matière civile qu'une compétence restreinte.

tème du καταχωρισμος, sans faire double emploi avec ces deux procédures. Faut-il généraliser et dire que le même système a dû fonctionner dans les autres provinces? S'il n'y a pas de raison de le croire étranger aux autres provinces de langue grecque (1), nous devons, par contre, reconnaître notre impuissance à solutionner le problème pour les provinces de langue latine pour lesquelles les documents nous font totalement défaut (2).

(1) Cf. Girard, *Les assises de Cicéron en Cilicie*, Mélanges Boissier, 1903, p. 218. C'est à tort, pensons-nous, que M. Partsch prétend que l'*in jus vocatio* romaine aurait fonctionné en Judée (*Schriftformel*, p. 3, n. 1). Le passage de Flavius Joseph sur lequel il s'appuie (*Antiqu. Jud.*, XVI, 45, Ed. Ben. Niese, Berlin, IV, 1890, p. 11) : « κἀν ταῖς ἑορταῖς ἄγοντες ἐπὶ δικαστηρια » ne prouve absolument rien, l'expression « ἄγειν ἐπὶ δικάστηρια » étant généralement employée pour « citer quelqu'un devant un tribunal », sans qu'il en résulte une idée de violence qui puisse faire songer au procédé brutal de l'*in jus vocatio*.

(2) C'est ainsi que nous croyons, après une lecture attentive de Pline, *H. N.*, 3, 3, 26, que ce texte n'implique nullement qu'en Espagne le magistrat romain présidant le *conventus* était saisi, comme le préteur de Rome, par un *vadimonium* contracté devant les autorités locales. *In Cluniensem conventum Varduli ducunt populos XIIII.... in eumdem conventum Carietes et Vennenses V civitatibus vadunt*. Le mot *vadunt* qui a pu faire illusion, vient de *vado, is, ere,* qui signifie simplement aller, marcher, se rendre à. On ne doit pas le confondre avec *vador, aris, ari*, dont l'*a* est bref et qui signifie, comme nous l'avons vu, soit s'engager par *vadimonium*, soit imposer à quelqu'un le *vadimonium*. Cf. Georges, *Ausführliches lateinisch-deutsches Wörterbuch*[7], II, 1880, V° *Vado*. Vanicek, *Griechisch-lateinisches etymologisches Wörterbuch*, 1877, p. 184. Freund, *Grand dictionnire de la langue latine*, II, Paris, 1883, V° *Vado*.

TROISIÈME PARTIE

LE VADIMONIUM DANS LE DROIT DU BAS-EMPIRE

CHAPITRE UNIQUE

LA CAUTIO JUDICIO SISTI.

Dans le droit de Justinien, celui qui veut intenter une action adresse au magistrat compétent un écrit appelé en latin *libellus conventionis* (1), en grec *τὸ τῆς αἰτιάσεως βίϐλιον* (2), et qui contient un résumé de sa prétention.

Le magistrat, qui reçoit cet écrit, l'examine et peut l'accepter ou le refuser (3). S'il l'accepte, il le fait remettre au défendeur par un huissier, *executor*, qui peut exiger de celui-ci, en plus de certaines gratifications appelées *sportulae* (4), un *libellus responsionis* et la *cautio judicio sisti*.

(1) Inst. Just., 4, 6, § 24.

(2) Nov. 53, c. 3, *pr*.

(3) Cette décision du magistrat est appelée *sententia*, *interlocutio*, *praeceptum*. C. 1, 3, 25 § 1, 2 ; 33 § 2, 5 ; 37 § 2.

(4) Voir sur ces *sportulae* que le défendeur devait remettre à

Le *libellus responsionis* (1) ou *ἀντιβιβλίον* (2) était une réponse écrite à la prétention du demandeur. Il devait être signé du défendeur qui y indiquait les exceptions qu'il comptait invoquer et le jour où la remise du *libellus conventionis* lui avait été faite.

Quant à la *cautio judicio sisti*, elle consistait en la promesse, ordinairement garantie par des cautions, de comparaître à un jour déterminé devant le tribunal (3).

Cette *cautio judicio sisti* présente une grande ressemblance avec le *vadimonium*, et le *fidejussor judicio sistendi causa* qui servait à la garantir, avec le *vindex* de la procédure formulaire. Aussi ne faut-il pas s'étonner que les commissaires de Justinien aient inséré au Digeste les fragments des commentaires des jurisconsultes relatifs au *vadimonium* et au *vindex*, se contentant simplement d'y rayer les mots *vadimonium* et *vindex* pour leur substituer les expressions *cautio judicio sistendi causa* et *fidejussor judicio sistendi causa*.

La *cautio judicio sisti* de Justinien servait uniquement à assurer la première comparution du défendeur devant

l'*executor* lors de la citation : Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilprozess*, III, 1866, p. 201.

(1) *Authenticum* de la nov. 53, c. 3, § 2 : *suscribere libello, qui appellatur responsionis*. Ce *libellus* est aussi appelé : *libellus contradictionis*.

(2) Nov. 53, c. 3, § 2.

(3) Comp. Bethmann, Hollweg, *loc. cit.*, p. 242 s. La promesse de *judicio sisti* est appelée *cautio judicio sisti* parce qu'il était d'usage sous Justinien de constater les promesses et stipulations par un écrit appelé *cautio*.

le tribunal. Elle ne doit pas être confondue, croyons-nous, avec une autre *cautio* dont nous parle Justinien dans ses Institutes (1), la *cautio quod in judicio permaneat usque ad terminum litis*. Cette *cautio*, qui a remplacé sous Justinien la *cautio judicatum solvi* (2), avait un but tout différent de celui de la *cautio judicio sisti*. Elle suppose que le défendeur a déjà comparu (3) et sert à garantir le demandeur de toutes les suites du procès (4).

(1) Inst. Just., 4, 11, 2 : *Sed haec hodie aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive personali suo nomine, nullam satisdationem propter litis aestimationem dare compellitur, sed pro sua tantum persona, quod judicio permaneat usque ad terminum litis, vel committitur suae promissioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant, vel nudam promissionem vel satisdationem pro qualitate personae suae dare compellitur.*

(2) C'est pour cela que Justinien, qui suit le commentaire de Gaius où il n'est question, IV, 188, que de la *cautio judicatum solvi*, ne parle pas de la *cautio judicio sisti*.

(3) Cela ressort clairement de la nov. 53, c. 4, 1 *in fine*, où il est dit que le défendeur qui n'a pas obéi à la *cautio juratoria* qu'il avait promise pour assurer sa première comparution, doit fournir une *cautio* garantie par des fidejusseurs, s'il vient plus tard à comparaître et à procéder à la *litis contestatio*. Cette dernière *cautio* ne peut être que la *cautio quod in judicio permaneat usque ad terminum litis*. — Cf. Muther, *Sequestration und Arrest*, 1856, p. 314.

(4) Bethmann-Hollweg est le seul auteur, à notre connaissance, qui ait soutenu l'unité des deux *cautiones*. Il s'appuie exclusivement (*Röm. Civilprozess*, III, p. 250, n. 45) sur ce fait que dans la nov. 53, c. 3, *pr.* on rencontre l'expression δικαστικας ασφαλειας au pluriel. Cette expression doit englober, selon lui, à la fois la *cautio judicio sisti* et la *cautio quod in judicio permaneat* qui n'auraient été en réalité que les deux parties d'une même *cautio*. C'est, à notre avis, attacher une importance démesurée à l'expression dont s'est servi Justinien, attendu que dans la même novelle 53 (chap. 3, 2) on rencontre le mot ασφαλεια au singulier. — Cf. en notre sens : Muther, *loc. cit.*, p. 314 s. ; Rudorff, *Röm. Rechtsgeschichte*, 1857, II, p. 216, n. 9 ; Wieding, *Der justinianeische Libellprozess*, 1865, p. 513.

TABLE DES PRINCIPAUX TEXTES

SE RAPPORTANT AU VADIMONIUM

A. *Textes épigraphiques.*

B. *Textes juridiques.*

C. *Textes littéraires*.

TABLE DES MATIÈRES

Vu :
Le Président de la Thèse,
P. F. GIRARD.

Vu :
Le Doyen,
CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice Recteur de l'Académie de Paris.
Pour le Vice-Recteur, l'Inspecteur de l'Académie,
V. BONNARIC.



Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).

4941

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).





